

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报

《“家事法苑”™婚姻家事法律资讯简报》于2008年2月15日创办，“家事法苑”律师团队编辑，尝试搭建与律师同行、学者、法官、媒体、政府相关部门及社会组织进行业务研讨、正当交往、信息共享的桥梁与平台，共同促进中国婚姻家庭法制建设。每月1-2期，无偿赠阅。

如邮件给您带来不便，请回信 xiaolinlvshi@vip.sina.com 或来电 13366156089，立即在列表中取消！

简报获取：“家事法苑”家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”！

善意提醒：简报仅供学术研讨交流用。尊重智力劳动成果，简报编辑需日复一日耗费相当时间与精力，未经许可，不得整体利用本简报或经常性取材上传网络(个人网站、博客)或为其他非研究用途使用，个别使用时亦应注明转自本简报。欢迎对《“家事法苑”婚姻家事法律资讯简报》提出好的建议。

2013年总第19期 综合版 编辑时间：20131205

致谢：2013年第16期综合版简报由北京理工大学法学院法学硕士研究生王华坤同学协助整理

2013年第19期综合版简报由中国人民大学法学院法律硕士研究生刘婷婷同学协助整理

“家事法苑”家事法实务沙龙（网络）2013年第19期（总第31期）预告

主题：“德国婚姻家庭法、继承法相关理论与实务”

时间：12月9日（下周一）晚上20:00--22:00

交流方式：通过“家事法苑”家事法主题QQ群（群号：171337785）“群视频”及文字，同步交流！

发起人（群友）：湖南师范大学法学院 王葆蔚副教授、武汉大学国际私法学博士

交流嘉宾：德国美因茨大学法学院 michael zimmer 博士、兼职律师，研究方向：家庭法和继承法

主会场地点：德国美因茨大学法学院 michael zimmer 博士办公室

王葆蔚副教授利用在德国访学即将归国之际，再次邀请德国婚姻家庭法、继承法的学者、律师解答德国婚姻家庭法、继承法相关问题，即时在线互动、交流！

此次沙龙将在上次沙龙交流基础上，吸取上次经验教训、进一步完善，将设置几大板块，分为夫妻财产制度、家庭暴力、分居制度、申请承认国外离婚判决、家事诉讼程序、继承法等相关问题，欢迎各界朋友，学者、律师、法官积极参与！

王教授和 zimmer 博士建议先确定一些议题，把大家的问题先收集一下，这样一来他可以事先作一些准备，二来讨论相对集中一些。讨论的时候王教授先把他的意见翻译过来，然后大家可以根据他的回答进行追问。

现征集大家感兴趣的问题，机会难得，请感兴趣的朋友尽早将问题报给本QQ群管理员“家事法苑段凤丽”，以便王教授提前做好准备！



主持嘉宾介绍：

湖南师范大学王葆蔚副教授王葆蔚，男，1978年出生，武汉大学法学博士，德国海德堡大学法学硕士（LLM），湖南师范大学法学院副教授，硕士生导师，中国国际私法学会理事，湖南芙蓉律师事务所律师。

主要研究方向：民法总论、家庭法、国际私法、国际民事诉讼法。已出版专著一部《国际私法中的先决问题研究》，译著一部《德国家庭法》，在德国、英国、中国大陆和台湾地区的学术刊物上发表论文多篇。

联系人：“家事法苑”团队段凤丽律师电话：13552693593，010-84991188 邮箱：duanfenglilawyer@163.com

重要说明

腾讯QQ2013正式版SP5（更新日期：20131122）已发布，新版群视频增加了支持实时演示PPT及上课“教育模式”，非常适合本家事法主题QQ群的沙龙研讨活动！老版用户将无法加入群视频、看不到PPT展示，请大家务必抽空提前将自己的QQ升级到2013正式版SP5！

腾讯公司官方下载地址：<http://im.qq.com/qq/2013/>！本QQ群群文件（群共享）也可直接下载、安装！

“家事法苑”家事法实务（网络）沙龙 2013 年第 20 期（总第 32 期）预告

主题：一名中国留德博士眼中的德国继承法

——德国继承法简介——兼与中国继承法比较

时间：2013 年 12 月 13 日（周五）晚上 7:30--9:00

交流嘉宾（群友）：林佳业博士，就读德国马堡大学（Uni Marburg）

主持嘉宾（群友）：魏小军副教授，杭州师范大学法学院

点评嘉宾（群友）：赵莉副教授，南京师范大学法学院

主会场：北京天驰洪范律师事务所会议室，地址：北京市朝阳区亚运村北辰东路 8 号汇欣大厦 A 座 14 层。

交流方式：“家事法苑”家事法主题 QQ 群（群号：171337785）“群视频”同步互动交流！



嘉宾简介：

林佳业博士，1985 年生。主要研究方向：民法总则、继承法、法学方法论。现于德国马堡大学（Uni Marburg）读博，方向为继承法。之前获取德国弗莱堡大学（Uni Freiburg）法学硕士学位（LL. M.）。于中国政法大学法学专业完成本科和硕士学业。现正在翻译德国 Leibold 教授的《继承法》教科书。

杭州师范大学魏小军副教授简介

杭州师范大学法学院官方网站介绍：<http://fxy.hznu.edu.cn/szdw/msfxjs/cy/286936.shtml>

浙江星韵律师事务所官方网站介绍：<http://www.xingyunlawyer.com/new/?p=375>

魏小军，西南政法大学民商法学博士，现为杭州师范大学法学院副教授、硕士生导师，中国法学会婚姻法学研究会理事、浙江省法学会婚姻法研究会理事、浙江省法学会金融法学研究会理事。浙江星韵律师事务所兼职律师，浙江省律师协会婚姻家庭法律专业委员会委员。

主要论文：《试论我国法律中的遗嘱形式规则》，人大复印资料《民商法学》2008 年第 2 期全文转载，原载《昆明理工大学学报（社会科学版）》；《无遗嘱继承中被继承人意思推知的法经济学分析》，人大复印资料《民商法学》2006 年第 11 期全文转载，原载《学术论坛》；《我国继承法之遗嘱有效要件研究》，《家事法研究》2008.11；《我国四法域遗嘱方式立法比较研究》，《政法学刊》2007.1 等。

专著：《遗嘱有效要件研究——以比较法学为主要视角》，独著，中国法制出版社 2010 年；《中国大陆与港、澳、台四区域继承法比较研究》，参著，群众出版社 2007 年；《外国继承法比较与中国民法继承编制定研究》，参著，北京大学出版社 2011 年。

魏小军老师的博客：<http://ajun.fyfz.cn/>

魏小军老师的“家事与法律”新浪博客 <http://blog.sina.com.cn/u/1507467867>

魏小军老师的新浪微博：<http://weibo.com/familaw>

南京师范大学赵莉副教授简介：

南京师范大学法学院官方网站介绍

<http://law.njnu.edu.cn/html/szdw/szjs/msfjys/816.html>

赵莉，南京师范大学副教授，1968 年 12 月生，南京人，2005 年日本横滨国立大学国际经济法博士课程修了，2003 年日本横滨国立大学经济关系法硕士，1987 年至 1995 年南京秦淮区人民法院书记员、助理审判员。

主要研究成果：①《日本特留份制度的修改及其启示》，载《政治与法律》2013 年第 3 期；②《我国遗嘱见证制度之重构》载《海峡法学》2013 年第 1 期；③《论我国遗嘱形式要件的认定及完善——中日比较法的视野》，《北方法学》2012 年第 5 期；④《中国における法定夫婦財産制に関する変遷》、日本横滨国立大学《横滨国际经济法》2011 年第 2 号。⑤《论确立夫妻日常家事代表权制度之必要》，载《江海学刊》2009 年第 2 期；⑥《判例形成的日本新侵权行为法》（译著）、中国法律出版社 2008 年 12 月

赵莉老师的“我爱飞飞翔翔”新浪微博 <http://weibo.com/u/1763651647>

“家事法苑”家事法实务沙龙总第 30 期

“家事律师签订代理合同如何保护自身权益”主题交流活动综述

四川蜀鼎婚姻家事律师团队供稿 2013 年 12 月 1 日

初冬的暖阳洒满办公室的每个角落，在这小小的办公室里忙碌着为家事法实务沙龙交流活动而做各种准备的人们。这是四川蜀鼎婚姻家事律师团队的全体成员在转所到四川蜀鼎律师事务所以来，承办的第一次大型活动。这个题目更是本团队战斗在家事法律实务前沿的办案律师们感触颇深、酝酿已久的题目。

2013 年 11 月 29 日，由四川蜀鼎婚姻家事律师团队发起，通过北京天驰洪范律师事务所杨晓林家事律师团队的“家事法苑”家事法主题 QQ 群平台(群号：171337785)举办的“家事法苑”家事法实务沙龙第 30 期，主题为“家事律师签订代理合同如何保护自身权益”的沙龙活动如期而至。

本次活动发言嘉宾为成都、上海、北京、沈阳、西安、江苏等地的律师代表，主持人由四川蜀鼎婚姻家事律师团队首席律师张承凤担任，其他全国各地的参会嘉宾通过“家事法苑”家事法主题 QQ 群群视频同步互动交流。据统计在线嘉宾保持在 80 人左右，除了发言嘉宾以外，来自上海的涉外家事律师赵宇宁特意委托北京天驰洪范律师事务所杨晓林律师做了精彩的补充发言。在线同仁们更是踊跃提问，积极分享自己在执业过程中签订代理合同时遇到的各种风险以及防范对策。



主持人：张承凤律师

2013 年 11 月 29 日下午 2:30 本次沙龙准时开始，首先由本次沙龙的主持人张承凤律师做开场发言。张律师向大家介绍了召开本次沙龙的初衷以及意义所在。近些年，因为委托代理合同引发的纠纷不断出现，身为律师常常为他人起草合同，但作为代理合同中的一方当事人，在涉及到自己利益的合同中却考虑未必周全。作为家事律师在签订合同的时候，常常使用所上的通用民商事合同。事实上，正如杨律师宣起的家事诉讼程序立法和各省法院纷纷成立的家事审判法庭的出现一样，家事纠纷是有其特殊性的，在签订代理合同时有必要基于这类案件的特殊性起草相应的合同条款，以保护自己的合法权益，避免不必要的事后麻烦和投诉，甚至于引发诉讼。今天的沙龙其共同目的就是整合全国各地专业家事律师的经验，为家事纠纷的委托代理制定一份尽可能完善的合同版本。

主会场的张承凤和赵琴两位律师

本次沙龙的第一位发言嘉宾来自四川蜀鼎婚姻家事律师团队的赵琴律师。

赵律师发言围绕家事律师在签订一审代理合同时应该注意的问题展开。赵律师分别从签订一审代理合同的几点注意事项、代理费、管辖权问题、格式合同、遇到当事人撤诉和法院不予立案的情形以及收取复印件等几大点展开，其中对签订代理合同的注意事项做了重点讲述。设计合同条款的注意事项中赵律师提到以下几点：

1、合同中应该注明代理的阶段不要写“包离婚”的字眼。基于对方当事人一些特殊的原因，法院考虑到公序良俗、人道主义、感情尚未破裂等复杂原因多次判决不准离婚的情况时有发生。一旦我们签订“包离婚”的代理合同，那么出现上述情况将自己置身于被动。

2、明确代理权限。离婚案件因涉及人身权问题只能是一般授权，这点需要在合同中明确并且在签订合同之前最好解释一下一般授权的含义以及法律依据。因为办理的案件中出现当事人以为请了律师自己就没事了，开庭也不用去了，最后在是否需要出庭这个问题上与委托人大费口舌的解释。

3、涉及到无民事行为能力人离婚时，看似一个离婚诉讼其实至少涉及两到三个诉讼程序，律师的工作量自然有所增加，这就需要律师在做这类案件的时候充分考虑工作量、综合报价。

4、婚姻、继承案件不能实行风险代理，而这类案件的诉讼标的又经常在诉讼进行中可能会发生变动，那么也

就是说在签订代理合同时我们应该确定好代理费的数额，这个数额我们往往会参照财产争议标的的金额来收取。在签订代理合同时就需要考虑到上述问题，比如可以在代理合同中明确争议财产的数额、种类，如果超出约定的数额和种类因此增加律师工作量的收取律师代理费的标准是什么等等，建议家事律师们特别是有的律所要求不能修改本所格式合同的，可以以合同附件形式（附件与合同同效力），直接列明当事人认可要分割的财产以及各项诉讼请求，在附件末尾可以附加一句“以上财产为委托人确认的诉讼争议财产，如争议财产超出上述范围的，律师费用按增加的财产数额的百分之。。增加收取律师费用。

另外，对于代理费的支付时间，不能和合同签订时间相距太远。

赵律师讲到的另外几个问题分别是管辖权、原告撤诉、法院不予立案、委托人原因不启动程序、遇到格式合同时等等问题，最后赵律师还建议大家不要收取委托人原件。

第二位发言的嘉宾来自江苏苏源律师事务所的孙韬律师。



孙律师发言的主题围绕家事律师签订二审代理合同时的注意事项展开，孙律师将二审中比较常出现的引起争议的情形设计成以下几大问题一一展开讲述。

1、委托代理合同中双方调解和好、委托方或者对方撤回上诉的处理。

面对以上情形出现时，孙律师建议在合同中约定出现委托人调解和好、委托方或者对方撤回上诉的，视为律师代理工作结束代理费用不予退还。

2、委托人增加代理人或者另行委托代理人的处理。

二审的时候委托人增加代理人或者另行委托代理人的情况屡见不鲜，因此委托人在和律师签订代理合同时双方要确定清楚律师费标准，增加律师和中止代理情形时律师费用不减退，以免因为增加或者另行委托代理人而产生纠纷。

另外为避免出现因委托人原因迟迟不启动程序的情况，那么在签订代理合同时建议约定案件启动的时间，超过约定时间视为委托人对代理合同的终止，代理费不予退还。

3、二审案件中财产分割问题如果能改判或者当事人就是对财产分割问题提出上诉，二审如何风险代理。

基于婚姻案件涉及人身性质不能风险代理的规定，在遇到上述情况时，孙律师建议可以分开签订代理合同，处理婚姻问题签订代理合同时收取基本费用，涉及财产问题的另行签订私人法律顾问合同实行风险代理。

4、发回重审合同如何约定应该注意的问题展开。对于此类情况的发生，考虑诉讼时间可能很长，孙律师建议可以尝试签订私人的法律顾问合同。

接下来发言的是来自上海沪家律师事务所的蓝艳律师。

蓝律师所在的沪家所无论是在业务范围还是专业能力都一直处于全国家事律师的前沿。应该说沪家律师在贾明军律师的带领下，敢于创新实践、立足理论研究的精神值得每一位家事律师学习。

蓝律师参加本次沙龙围绕家事法律顾问合同展开。应该说这个题目对很多同仁们还是比较陌生的，而蓝律师的分享带给大家更多的启发。蓝律师开场给大家介绍了《家事法律顾问服务合同》的由来以及其特有的存在价值，接着蓝律师围绕家事法律顾问合同的主要内容展开。

家事法律顾问服务项目有点类似企业法律顾问的模式，但其服务的对象是个人客户，主要是因婚姻、继承等家事纠纷所引起的一些非诉讼的工作内容。其主要范围包括：

- 1.1 为客户提供日常婚姻家庭生活涉及法律问题咨询；
- 1.2 为客户提供涉及个人/夫妻共同财产的法律处理咨询；
- 1.3 为客户提供个人名下股权、投资等相关理财法律问题咨询；
- 1.4 为客户提供基于恋爱、婚姻、生育、抚养法律事务咨询及方案制订；



- 1.5 客户因婚恋、婚姻关系变动、涉嫌重婚等引发的财产问题的预防与应对处理、长期策略与方案的制订与实施；
- 1.6 客户子女抚养权益保护与方案制订；
- 1.7 客户因涉及个人/共同财产财富传承、遗产分配法律事务的咨询与方案制订（含与境外国家或地区律师的非诉讼事务的法律适用比较分析）；
- 1.8 客户要求提供的法律文件、文书制作；
- 1.9 因客户个人婚姻、继承等人身、财产法律问题的咨询；
- 1.10 客户要求的其它婚姻家庭与财产处理交叉法律咨询（含法律意见）。

紧接着蓝律师向大家介绍了合同中的敏感问题服务周期及收费方式。原则上是以一年为一个服务周期，合同到期后，由律师与客户协商是否续期。收费标准是按照年费的方式收取，之前提过家事法律顾问服务分基础性服务及个性化服务，所有收费的方式也是在基础性的年费上，酌情的增加个性化服务的收费。最后，蓝律师提到目前家事法律顾问服务的服务方式，主要是以法律咨询、出具法律意见书、尽职调查、协助办理相关非诉讼活动等方式。上述服务不包含代理诉讼、出席谈判、参与调解等诉讼或与诉讼相关事务的，但是在合同中，我们会设置衔接性条款，即如果客户在签订合同时暂时无诉讼的需求，但是其预计将来可能会发生诉讼，我们会在合同中设置相应的条款，可以让客户以较为优惠的方式，直接让顾问律师转变成其诉讼律师。

在发言的最后蓝律师特别强调了签订《家事法律顾问服务合同》时的注意事项尽量明确合同的服务范围；明确服务验收的条款，由于家事法律顾问服务毕竟是一项非诉讼的业务，所以服务的结果如何验收是比较重要的，如每个服务项目均应当有项目报告，且需要客户签字确认。如果不明确验收的标准，可能会引起律师与当事人之间的误会。

蓝律师务实、无私地分享让参会群友们收获很大，同时也让大家领悟到家事业务除了诉讼以外还有更多的发展空间。

杨律师及团队成员刘强正在紧张有序的为本次沙龙提供后援支持



本次沙龙主要发言嘉宾中的最后一位，也是“家事法苑”沙龙群的带头人杨晓林律师发言。杨律师在全国家事律师中德高望重，对于他和其团队创建、经营的“家事法苑”家事法主题 QQ 群平台，给每一位从事家事法律业务的律师、学者、法官带来了福音。

在这个平台上，群友们可以畅所欲言的交流、沟通乃至至于倾诉。不但有助于业务能力的提高、实践经验的丰富更是让全国家事律师们紧密团结在一起形成一个网络上的“亲密家园”。杨律师强调鉴于婚姻案件的特殊性，作为专业婚姻家庭律师，代理案件不以追求诉讼过程，法院判决本身为目的，应尽尽心尽责以促成当事人问题的妥善解决为最终目的，婚姻家事案件更适合调解。

在代理合同中建议同仁们就以下条款作为补充列明在合同文本中以便完善原本的格式合同。



“如果一审后，判决不准离婚：双方和好或者非为乙方律师的过错原因、甲方单方决定解除本合同，甲方单方撤诉，本合同终止，已交费用不再退回。

代理调解的期间为 个月，该期间届满双方既未达成调解协议，也不启动诉讼程序的，代理事项完成。后续仍需代理的，另行支付代理费。

本委托代理合同及补充条款自甲乙双方签字盖章之时生效。合同有效期限自合同生效之日起，至本案调解协议达成（双方到民政局办理协议离婚手续）或者法院审理终结（法院下达判决书、调解书或撤销诉讼）时止”。

最后杨晓林律师接受上海京大律师事务所赵宁宁律师委托发言内容概括如下：

关于涉外代理合同中，需要明确管辖权问题的，在代理合同签订时的注意事项：，尤其涉外家事案件代理中，会存在管辖权难以确认的情形，不排斥很多情况下双方和解、调解或终止操作、甚至中国法院无法管辖等情形，需要与当事人分别明确案件操作不同进展中有关律师代理服务范围及费用收取情况，所以可以采取在代理合同中递进式分阶段约定代理费用和期间。同时，对于代理的期间和内容一定要具体明确，尤其对于无需进入诉讼阶段的顾问式家事代理合同，这类合同在涉外家事案件中比例也比较大。

本次沙龙进行到尾声，由来自西安泓瑞律师事务所的夏勇律师和盈科律师事务所（沈阳）分所的王金兵律师做补充发言。



夏勇律师

夏勇律师的补充发言提到几点，一、基于对委托人利益的考虑，原告律师可以在第一次起诉离婚时不提财产分割问题；二、委托人有财产且有不知情的财产，可以预先收一部分之后再按照财产比例追加；三、夏律师由自己所遇到的一个案例展开，委托人身在国外，律师在接受代理后启动代理工作，但是进入程序后联系不上委托人了。基于这类情况出现，夏律师建议在合同条款中明确“因委托人提供地址、联系方式变更、错误，致使无法联系到委托人的，由委托人自行承担出现的法律后果。律师代理工作视为结束，所收代理费不予退还。”



王金兵律师

王金兵律师补充发言的内容概括为以下几点：一、发回重审的案件，案件比较简单的可以考虑降低收费；二、律师修改格式合同时委托人一般会比较戒备，王律师建议可以采取给委托人做笔录的形式确定双方的权利义务；在笔录中应该向委托人明确“律师代理您的案件是一案一审一委托，即本次提起诉讼后，无论诉讼请求是否得到支持，再次委托律师都需要支付费用。如果您委托律师后，根据您的指令，半年内仍不要求提起诉讼离婚的，需要加收一半律师费用。还有在诉讼过程中如涉及到财产争议，本所将依据本所的收费标准的 80%加收律师费用”。三、王律师列举了一个自己的亲办案件，针对委托人反复无常、情绪变化较大的情况，律师的工作完全演变成朝令夕改、无穷无尽了，这种情况完全是对律师工作的不尊重，王律师建议将律师的工作内容告知委托人，超出约定范围的增加收费。

对于群友提出的非诉调查的收费问题，王律师给出建议可以分段收费，比如调查取证阶段收费，立案以后再收费等。

本次沙龙立足于家事律师在签订代理合同时遇到的各种风险问题展开讨论，希望通过各发言律师的分享、讨论给各位参与律师带来更多启发、警醒。使得家事律师们在完善为委托人提供的法律服务时更注重保护自己权益，以便自己的专业能力、工作量都能够通过相对完善的家事代理合同得以保护。家事无小事，为他人的家事保驾护航时勿忘将自己的权益纳入法律保护的范围。这是各位家事律师在实践中最容易忽略的地方亦是本次沙龙举办的初衷。

最后，感谢来自北京“家事法苑”团队提供的家事法主题 QQ 群平台的大力支持，感谢四川蜀鼎家事律师团队的全体成员无私的奉献、感谢参与沙龙的所有群友，是大家的共同付出、参与，使得当天沙龙能顺利进行，相信这样的交流和碰撞给每一位参与人员都留下了温暖而感慨的回忆，期待下次再聚首。

四川蜀鼎婚姻家事律师团队

2013 年 12 月 1 日

目 录

一、婚姻家庭审判动态

- 宝安法院设立家事审判庭-----2013年10月21日 深圳商报 包力
- 北京通州法院：一屋子古董 四姐弟难分 调解员出马 巧妙化解万贯家财之争 2013年10月31日 法制晚报 纪欣
- 北京通州法院：遇拆迁利益“母女”反目-----2013年10月31日 京华时报 裴晓兰
- 洛阳市涧西区人民法院：姐姐用妹妹身份证登记结婚 民政局审查不严被判担责 2013年10月31日 人民法院报高晋 韩璐
- 上海奉贤法院：“是你们，圆了我回家的梦” 奉贤法官十多次调解助八旬老人家庭团圆 2013年10月30日 上海法治翟珺
- 办酒席未领证：丈夫去世“妻子”索赔无名-----2013年10月21日 民主与法制时报 陈婧
- 湖北省房县人民法院：“家事法庭”断清家务事-----2013年11月03日 人民法院报 王锐 何为
- 广东省东莞市第二人民法院：“丈母娘购房”的争议新版本-----2013年11月04日 人民法院报 黄彩华
- 北京通州区法院：村妇称23年前被拐卖诉离婚遭家暴曾经出逃 想到女儿年幼又返回隐忍多年-----
-----2013年11月04日 京华时报 裴晓兰
- 北京市海淀区法院：前女友诉现女友索要红利-----2013年11月02日 京华时报 张淑玲
- 重庆市南岸区法院：一对离异夫妻四年打了十多场官司-----2013年11月05日 重庆晚报 罗彬
- 北京市西城区法院审判动态：刚赠房就离婚 房子不能要回？丈夫想用赠房巩固婚姻失败 想撤销赠与被驳-----
-----2013年11月06日 北京晚报 孙莹
- 山东省临沂市罗庄区人民法院付庄法庭：悉心调解修复亲情-----2013年11月12日 人民法院报 邵照学
- 福建省宁德市福鼎市人民法院：判前“察”判中“活”判后“导”，福建福鼎市法院——“家事法庭”：“三部曲”
善断家务事-----2013年11月12日 中国妇女报 吴军华
- 建专业化审理制度搭设家庭纠纷综合解决平台 深圳全面推行家事审判改革----2013年11月13日 法制日报 游春亮
- 高额彩礼成农村离婚加剧诱因-----2013年11月07日 法制日报 赵志锋
- 宁夏高院联合公检妇共治家庭暴力-----2013年11月11日 法治新报 张怀民
- 江苏省淮安市中级法院：虽尽审查义务却未查清事实民政局颁发离婚证行政行为违法 2013年11.14 人民法院报徐庆余
- 赣州石城县人民法院：丈夫双11打开妻子网银输错3次密码 对方提离婚 2013年11月14日 中国新闻网 毛凯欢
- 7旬翁娶30多岁妻被子女强迫离婚 当庭撤回起诉-----2013年11月14日 浙江在线 盛岚
- 三亚：新婚妻子患卵巢癌 丈夫为传宗接代诉讼离婚-----2013年11月15日 南海网 刘丽萍
- 德州：遭家暴女子起诉离婚 临近开庭母亲希望撤诉-----2013年11月11日 齐鲁晚报 殷会丽
- 用心探寻“老赖”症结 顺利执结涉家暴离婚案-----2013-11-15 中国法院网 潘显杰 韦益情
- 男子婚后难忍妻子家暴诉离婚-----2013-11-14 新浪市场星报 程磊 王鹏 马冰璐
- 东莞中级人民法院：东莞假离婚假民间借贷案频发 离婚妻为霸占财产虚构千万债务 2013年11月15日 法制日报章宁旦
- 北京朝阳区法院：法庭进社区夜晚审房案 老太要儿孙腾房案件特殊法官方便当事人夜审 2013年11.19 北京晚报张蕾
- 北京房山法院：为女考学复婚后再离被驳-----2013年11月17日 京华时报 杨凤临
- 北京密云法院：小两口闹离婚孩子成“皮球”-----2013年11月17日 京华时报 裴晓兰
- 北京石景山法院：长子起诉前妻和儿子要求腾房 双方针对是否公开审理争执不下 冰心子孙争房产庭审仅10分钟
-----2013年11月15日 京华时报 孙思娅
- (上海法院)青浦：化解墓穴之争 唤回手足亲情-----2013年11月19日 人民法院报
- 上海市杨浦区法院：证据意识超强“80后”离婚竞相 抢占主动权 特征：举证多、认定难让离婚变得不简单 建
议：保存证据需及时且无损第三方利益-----2013年11月19日 上海法治报 王川 翟珺
- 新疆生产建设兵团车排子垦区人民法院：一个人两身份规避离婚后财产分割行不通 2013年11月07日 中国法院网崔建民
- 南充法院：南充夫妻共同债务成个人债务丈夫做假还是妻子推脱 2013年11月20日 四川在线-华西都市报 刘治海
- 北京通州区法院：法官撮合离婚夫妻当庭办婚礼-----2013年11月23日 京华时报 裴晓兰
- 北京海淀区法院：女子持欠条要账告老公称该笔借款为婚前财产-----2013年11月22日 京华时报 张淑玲
- 北京朝阳区法院：董洁诉离婚法院 难觅潘粤明 法院通过多种方式送达传票均被退回 希望潘主动联系-----
-----2013年11月22日 京华时报 张淑玲
- 北京海淀法院：老人子女拖欠抚养费敬老院起诉追讨2万-----2013年11月25日 京华时报 张淑玲
- 上海：离婚调解书造假背后有何蹊跷：竟是“限购”惹祸 “限购令”催生制假黑色产业链 法院将严查房地产虚
假诉讼-----2013年11月25日 上海法治报 陈颖婷
- (北京)丰台法院调研80、90后离婚案 首次起诉便离及草率离婚多 另外——养子压力大 致“小夫妻”离婚多
-----2013年11月24日 法制晚报 洪雪
- 北京密云法院：丈夫酗酒施家暴再婚妻子诉离婚-----2013年11月26日 京华时报 裴晓兰
- 北京房山区法院：因分手跳楼 父母起诉女友 男子和女友相恋6年两次分手都欲自杀 2013年11月27日 法制晚报洪雪
- 北京密云法院：儿媳为争亡夫遗产造假公婆起诉调解结案-----2013年11月29日 京华时报 裴晓兰

二、一般审判动态

江苏徐州市鼓楼区人民法院：虚假陈述：法律很生气 后果很严重---2013年11月03日 人民法院报 周琪 周秀峰
江苏常州市武进区人民法院调研动态：短信证据认定存难 配套法规亟待完善---2013年11月18日 人民法院报 曹利勇
北京二中院：系统提示+短信提醒 北京二中院规范执行财产续封续冻管理 2013年11月25日 人民法院报詹同 田海雁

三、立法动态

参与百余件涉及妇女利益的法律和政策制定修改 妇联持续推动立法保护妇女权益-2013年10月28日法制日报陈丽平
妇女名字写入农村土地权证应制度化-----2013年9月25日 中国妇女研究网 王春霞
“反家暴立法专家咨询会”召开 谭琳出席并讲话-----2013年11月21日 中国妇女报
国土部研究落实不动产统一登记工作 将起草《不动产登记条例》--2013年11月26日 法制日报政府法治 郗建荣
国家级家庭暴力危机干预中心启动 将为反家暴专门立法提出建议-2013年11月27日 法制日报人大立法 陈丽平

四、媒体典型案例

(一) 解除婚姻关系案例

北京通州区法院：智障妻子为生娃终与智障丈夫离婚 双方均由母亲作为代理人参与诉 2013年11月05日 北京晚报严琪
福建宁德市霞浦法院：师太出家19年不肯离婚 丈夫诉其未尽妻子义务---2013年11月11日 中国江苏网 杨玉娟 赵美珠

(二) 婚姻无效撤销案例

表妹突然成后妈，三个表哥不依教 三人向法院起诉要求认定父亲和“幺妹”属近亲结婚，应属无效，结果败诉
-----2013年9月26日 重庆晨报 陈宋波
广东省梅州市丰顺县法院：男子离婚方知妻子用假身份 法院认定婚姻有效--2013年11月05日 广州日报 刘晓星

(三) 子女抚养亲子关系案例

广东梅州市中级人民法院：男友亡故女友生下遗腹女有继承权却无权要抚养费 2013年11月05日大洋新闻魏徽徽
安徽合肥迎江区人民法院：离婚不足一年 孩子起诉母亲-----2013年11月14日 中安在线(合肥) 安庆日报
福建省泉州市德化县法院：90后未婚同居生子，子女抚养权何判-----2013年11月14日 德化网 林清源 薛波
湖南省江华瑶族自治县法院：父亲拒付孩子抚养费 法院执行和解化解矛盾---2013年11月14日 中国法院网 冯忠于 胡许晴
物价上涨 离婚夫妻因子女抚养费再上法庭-----2013年11月14日 龙泉新闻网 季靓
河南省平顶山市卫东区法院：与姐姐离婚娶妹妹 孩子抚养关系闹纠纷----2013年11月15日 中国法院网 张魁英

(四) 财产分割案例

北京市昌平法院：离婚男子起诉分房产被驳-----2013年10月28日 京华时报 孙思娅
未扶养病妻 离婚分房被驳 被告患间歇性精神障碍 原告长期离家未尽义务--2013年10月23日 北京晨报网 何欣
夫妻离婚分割财产 丈夫才知共有房产被老婆私卖-----2013年11月14日 福州晚报 陈银燕 桂丹
重庆市第一中级法院：重庆一男子拿15万元作结婚保证 离婚时想当共同财产分割遭法院驳回-----
-----2013年11月11日 新华网 朱薇

(五) 损害赔偿案例

江西省进贤县人民法院：丈夫出轨留下证据 妻子起诉获得赔偿-----2013年09月25日 中国法院网 万文斌

(六) 扶养赡养案例

河南省平顶山市卫东区法院：与姐姐离婚娶妹妹 孩子抚养关系闹纠纷----2013年11月15日 中国法院网 张魁英

(七) 离婚后财产纠纷及相关纠纷

北京市房山法院：离婚后前夫不还嫁妆女子起诉讨要获支持-----2013年10月28日 京华时报 张淑玲

(八) 恋爱同居纠纷案例

婚事搁浅“AA制”婚房惹风波-----2013年9月 法制文萃报
重庆市綦江区法院：男子送女友5万签恋爱协议 结婚不成上法庭讨还-----2013年11月06日 重庆商报 陈保发
北京通州区法院：女子重病才知男友已婚起诉要回25万房款-----2013年11月26日 京华时报 裴晓兰

(九) 其他相关案例

上海静安区法院：出嫁孙女欲均分动迁款 静安法院一审判决酌情照顾祖母 2013年09月26日解放日报 栾吟之 李鸿光
法院强制执行，出嫁女终获补偿款 甘肃武威一村民组长因抗拒执法被拘留15天 2013年11月05日 中国妇女报 袁鹏

(十) 赠与案例

杭州中院：丈夫出钱养“小三” 分手还送三十万 法院：违法获得的赠与应返还 2013年09月30日 浙江法制报 韩圣超
上海一中院：房屋赠与虽公证却未办过户登记 法院判不成立-----2013年11月07日 解放日报

五、继承

(一) 继承审判动态

上海市第二中级人民法院：代书遗嘱，为何纠纷频现-----2013年10月27日 人民法院报 王伟 李迎昌

北京丰台区法院：不知老伴有养子 老太为房打官司-----2013年11月19日 北京晚报 于璇
北京西城区法院：张治中后人争房产和解此案历时近一年 父子双方言和----2013年11月22日 京华时报 杨凤临
北京通州区法院：300万拆迁款惹连环官司 八旬老父去世 五子女陷官司争端 孙女起诉称自己才是继承人-----
-----2013年11月25日 北京晨报网 颜斐
北京三中院：仨子女与继母争夺祭奠权-----2013年11月26日 北京晨报网 彭小菲

(二) 继承立法动态

(三) 继承典型案例

北京市海淀区法院：持遗嘱打官司 保姆赢得老人赠房 子女未尽赡养义务 老人名下房产遗赠保姆-----
-----2013年10月30日 北京晚报 林靖
老太因儿媳未尽赡养义务上诉索回赠与20间房产-----2013年10月27日 北京晚报 严琪
无锡市中级法院：悉心照料罹癌前妻至辞世 离异不离弃 前夫分得前妻遗产--2013年09月25日 上海法治报 董震 石晓芹
是法定继承人 不能代书遗嘱 南通中院驳回一起遗产上诉案-----2013年10月11日 人民法院报 顾建兵 陈青艳
北京西城区法院：三兄弟私分遗产 五姐妹诉争住房-----2013年11月05日 北京晚报 孙莹
广东梅州市中级人民法院：男友亡故女友生下遗腹女有继承权却无权要抚养费--2013年11月05日 信息时报 魏徽徽
上海二中院：代书遗嘱被判无效房产重作分割-----2013年11月05日 商报 周敏
珠海中院：手握遗嘱“二奶”争产失败告终-----2013年11月07日 广东新闻
北京海淀法院：老太偏瘫录音分配遗产 录音笔中原声证据获法院认可-----2013年11月14日 中国广播网 孙莹
上海市虹口区法院：八旬老父与独子争房产 “40万元”特殊要求牵出其中隐情----2013年11月20日 上海法治报 王川
北京市通州区人民法院：老母留遗嘱难定真假 笔迹鉴定确认真实性-----2013年11月15日 中国法院网 孙剑岚
河南省罗山县人民法院：儿子病故留遗嘱 婆婆与儿媳争遗产被驳回-----2013年11月21日 光明网 孔晶晶

六、房产、股权

(一) 房产

上海黄浦区法院：为赖账将房产抵押给前妻 法院判决撤销抵押行为并赔偿合理开支 2013年10月29日 上海法治报 王川
房产被卖父子反目 社区调解重归于好-----2013年10月21日 浙江法制报 彭爽
北京市一中院：夫妻被抢遇害 “亲家”争房产女方名下的房产引纠纷 二审判决房屋归女方父母所有-----
-----2013年11月06日 法制晚报 王巍
上海市宝山区法院：4万块成百万债唯一房竟半价卖 法院否定《公证书》挽回房屋 2013年11月18日 上海法治报 王川
辽宁省锦州市中级人民法院：夫妻卖房一方签约成交 另一方称不知情诉无效 买受人善意购房合法有效-----
-----2013年11月21日 人民法院报 孙德江
上海奉贤区法院：继父子为房产闹上法庭 再婚妻子牵扯其中成为该案第三人--2013年11月29日 上海法治报 翟馨

(二) 股权

福建省厦门市中级法院：厦门法院在审理一起股权转让纠纷案时认定 妻子未经丈夫同意转让共同股权有效-----
-----2013年11月05日 人民法院报 何春晓

七、社会新闻

港媒披露霍英东遗嘱：禁止二三房子女从商-----2013年10月29日 中国新闻网
广东佛山禅城法院：女子为二胎与前夫舅舅结婚 计生局处罚被疑越权-----2013年10月30日 京华时报 邵铭
房产证免费“加密” 下月试点 海淀区居民可自愿办理 遗失须去登记部门补办 判决继承过户则不需要-----
-----2013年10月30日 法制晚报讯 陈斯
直击社会转型期女性权益纠纷新变化-----2013年10月29日 中国妇女报 孙晋 管添如
媒体评论：离婚率暴增41%道出房产调控“偏靶”-----2013年10月30日 新京报 周俊生
调查：过半中年人精神或肉体出轨 想要异性知己-----2013年10月30日 大江网 刘倩
四川省法律援助条例12年来首次大修 遭受家暴可申请法律援助-----2013年09月24日 四川法制报
巴南法院落实司法便民举措，简化房产权利人过户手续只需法院确认可直接过户 2013年10月20日 重庆法制在线朱颂扬
生个残疾孩子遗弃 医院帮其代养两年这对父母因涉嫌遗弃罪被刑拘----2013年10月20日 重庆法制在线 舒楚寒
宁夏灭门案引发思考 家暴何以步步升级？-----2013年10月23日 四川法制报
寻找股东投资公司虚构官司坑合伙人 虚假诉讼“专业户”打假官司敛财400万 2013年10月22日 法制日报 王春
用妻账号还欠款对方耍赖编谎言-----2013年10月27日 法制日报案苑 陶成
女子离婚后短信电话辱骂前夫三年致其患病遭起诉-----2013年09月25日 辽沈晚报 韩涛
小舅子弄虚作假 遗产车转到外省 登记机关行政行为失误应予撤销 2013年09月29日 浙江法制报邵丹 陈欢欢
“北漂”孕妇跑四趟 没办下生育服务登记孕妇想办生育服务登记后到医院建档 街道办称不知相关规定，需先回原
籍办理“准生证”-----2013年10月26日 新京报 李禹潼
七旬老人为争千万遗产 刀砍孙女婿获刑四年-----2013年10月07日 金陵晚报 陈菲

- 北京市一中院：男子因房产继承酒后连杀俩亲属 法院认为其犯罪性质极为恶劣 已押赴刑场执行死刑-----2013年11月03日 京华时报 孙思娅
- 北京密云区法院：妻子难忍家暴触电自尽丈夫告村委会索赔40万-----2013年11月04日 京华时报 裴晓兰
- 上海市宝山区检察院：情场老手婚恋网上“谈恋爱” 骗色骗财获刑七年-----2013年11月3日 上海法制报 王川
- 合肥夫妻财产约定公证数量增加 车房是主要内容-----2013年11月04日 合肥晚报 刘晓平
- 福建出台首个公安机关办理家暴案件工作规定-----2013年11月5日 中国妇女报 吴军华
- 长沙开展反家暴研讨-----2013年11月6日 中国妇女报 刘爱兰
- 丈夫驾车带小三外出 妻子骑车跟梢被丈夫碾死-----2013年11月13日 法制网 郑小琼
- 福建省福清市法院：父亲贩卖亲生儿女 终被判刑 法官不遗余力解救 母子团圆 2013年11月13日 人民法院报 梅贤明
- 结婚证明任一区县都能开 今年已开具近6万件 同比猛增277%-----2013年11月07日 北京晚报 左颖
- 外媒：中国离婚率不断上升 北京离婚率高达39%-----2013年11月14日 新华社
- 中国离婚率近5年增长近40% 北京增幅超平均值-----2013年11月15日 中国网 崔静 俞苑 丁静 姚玉洁
- 女子网购万元商品忘孝敬公婆 丈夫不爽提离婚-----2013年11月15日 中国江苏网
- 聋哑男子5次登记结婚被拒 因说不出“我想结婚”-----2013年11月15日 浙江晚报
- 上海闸北区法院：男骗六女，骗子太牛？剩女太傻？ 闸北法院昨天审判一起诈骗案 旁听者惊叹“女人的钱太好骗”-----2013年11月20日 上海法治报 韩文萍
- 河南省许昌市魏都区法院：患者与护士奇结连理 婚后感情受控告医院索赔-----2013年11月20日 上海法治报
- 女子登记结婚被告知已婚 身份被盗用谁之过？-----2013年11月21日 四川新闻网 吴晓
- 国务院：建立不动产登记信息依法公开查询系统；将行政处罚案件信息纳入社会征信体系 不动产登记信息将可查询-----2013年11月21日 新京报 马力
- 今天是“国际消除对妇女的暴力日”，相关专家呼吁——反家暴领域应尽快引入专门立法-----2013年11月25日 中国妇女报 张丽峰 叶海燕 茹希佳
- 武汉推行“反家暴人身保护令” 给受害人全面保障-----2013年11月26日 荆楚网 余皓
- 在“调”的基础上，加大“处”的力度-----2013年11月26日 中国妇女报 高丽
- （甘肃）源头维权 构筑网络化社会维权服务体系 司法保护 个案维权 甘肃：四个层面建家暴“防火墙”-----2013年11月26日 中国妇女报 夏燕 袁鹏
- 温州推行家庭暴力告诫制度-----2013年11月26日 中国妇女报 姚改改
- 世界银行：家庭暴力严重影响GDP-----2013年11月26日 中国妇女报 耿兴敏
- ### 八、异域资讯
- 霍英东忌日子女再争产-----2013年10月30日 现代快报
- 霍英东百亿遗产争夺战官司重开 前律政司司长将任霍家长子律师-----2013年8月7日 南方都市报 康殷
- 美国疯狂大叔因离婚：把50万美元换成黄金扔掉-----2013年10月27日 武汉晚报
- 霍氏版“豪门恩怨”-----2013年11月4日 第一财经日报 罗琦
- 德国婴儿可“未确定性别”-----2013年11月02日 中国新闻网
- 默多克离婚给房不给钱？可能与邓文迪和平分手，后者有望获得位于纽约及北京房产 2013年11月21日 新京报 百千
- 默多克邓文迪达成离婚协议邓或获得北京、纽约房产-----2013年11月21日 国际在线(北京) 邓黎
- 邓文迪离婚风波未平 再度扯上布莱尔-----2013年11月25日 新京报 庄北宁
- 韩国兴起“黄昏离” 要离婚的近八成是女性-----2013年11月26日 中国妇女报
- 美华裔异国同性配偶获绿卡 律师称婚姻真实是关键-----2013年11月27日 中新网 刘大琪
- 罗诉韦德案，一项延续30多年有关妇女意志的重大议题选择权与生命权的一场大较量 2013年11月27日 上海法治网
- ### 九、理论学术动态
- 中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长龙翼飞教授参观贾汪法院家事庭并座谈 2013年10月22日 中国网 王道强
- 论我国《继承法》遗产范围的重构-----2013年10月31日 中国法律民上网 任江
- 现代英国家事案件审判体制的变迁及其启示-----2013年10月29日 石雷 中国民商法律网
- 专家建议修改《继承法》 明确“口头遗嘱”失效时间 同时——录像遗嘱应合法化 2013年10月30日 法制晚报 汪红
- 彩礼返还纠纷 法律不能缺失-----2013年09月25日 四川法制报
- 中国法学会婚姻法学研究会 2013年年会简报第一期-----2013年11月1-6日 中国私法网 刘胤宏
- 中国法学会婚姻法学研究会 2013年年会简报第二期 监护制度专题研讨--2013年11月25日 中国私法网 刘胤宏
- 中国法学会婚姻法学研究会 2013年年会简报第三期 家庭暴力专题研讨--2013年11月26日 中国私法网 张亚娇
- 郭明瑞：完善法定继承制度三题-----2013年11月04日 中国民商法律网 郭明瑞
- 中国加强法制建设保护妇女免受家暴侵犯-----2013年11月01日 新华网 刘陆、陶一萍、牟旭
- 代位继承的修法建议-----2013年11月06日 法制日报法学院 叶修文

英美法系专家证人资格研究-----2013年11月29日 北大法律信息网 丁丽玮 戴志昌
案件审理中的法官思维-----2013年11月06日 案件审理中的法官思维 张建
论婚姻家庭住房权的优先保护-----2013年10月01日 中国私法网 陈苇 姜大伟
李宏:继承制度的效率价值探析-----2013年11月14日 中国民商法律网 李宏
刘召成:胎儿的准人格构成-----2013年11月19日 中国民商法律网 刘召成
国法学会婚姻法学研究会2013年年会简报第四期 夫妻财产制度研讨专题 2013年11月30日 中国私法网 刘胤宏
不动产登记改革需要法律支撑-----2013年11月23日 法制日报声音 乔新生
离婚后知识产权期待利益归属的立法选择-----2013年11月23日 中国民商法律网
婚姻、家庭的宪法保障——以我国宪法第49条为中心-----2013年11月26日 中国私法网 王锴

十、法官视点

离婚登记行政案件的司法审查-----2013年10月28日 中外民商裁判网 危辉星
行进在法律前沿的探索者-----2013年10月27日 重庆法制在线 杨雪 饶果
明星离婚“演习”婚姻法-----2013年10月28日 民主与法制时报 杨芳
共有房屋能否进行产权分割的判断标准-----2013年10月24日 中外民商裁判网 赵明华 李焯 张心全
代书遗嘱 为何纠纷频现 法官提醒:立遗嘱从形式到内容都有讲究-----2013年10月29日 上海法治报 胡蝶飞
争要抚养权被拒绝 男子请求亲子鉴定 法官:谁拒绝亲子鉴定谁承担不利后果---2013年09月12日 重庆法制 陈晓容
房产登记在夫妻一方名下是否为共有-----2013年09月27日 江苏法制报 王鹏 葛家栋
曹守晔:民事诉讼证据制度的完善和发展-----2013年11月01日 中国民商法律网 曹守晔
判解研究 韦晓静:擅自处分共有房,买卖合同效力如何认定-----2013年11月02日 中国民商法律网 韦晓静
关于涉外商事诉讼管辖权冲突解决的几个问题-----2013年08月22日 中外民商裁判网 宋建立
朱澜:对夫妻约定财产制的一些看法-----2013年11月29日 北大法律信息网 朱澜
婚内借贷关系可诉性探讨-----2013年11月05日 江苏法制报 朱朝阳 刘涛
夫妻债务如何认定-----2013年11月05日 江苏法制报 李璇
案件审理中的法官思维-----2013年11月06日 法制日报法学院 张建
私生子与婚生子的继承权是否等同-----2013年11月01日 中国法院网 郭扬辉 张火元
夫妻共同财产中的“按揭”房屋分割问题探讨-----2013年10月25日 中国法院网 张彬
立遗嘱 那些不能犯的错-----2013年11月06日 北京晚报
杨晨:夫妻关系存续期间的债务应如何认定和偿还-----2013年11月04日 中国民商法律网 杨晨
隔代探望权应受法律保护吗?-----2013年10月31日 光明网 彭晨
离婚案件管辖问题综述-----2013年11月01日 光明网 司小丽
婚姻存续期间夫妻共同财产的分割-----2013年10月25日 人民法院网 徐雷建
运用经验法则认定亲属间借贷关系-----2013年11月07日 中国法院网 王国才 程慧平
父母生前与一继承人房屋共有 登记未侵犯其他继承人权益-----2013年11月14日 人民法院报 付志勇
王礼仁法官:夫妻共同债务规则之重构离婚案件中关于家庭暴力举证困难的分析 2013年11月19日 北大法律信息网 李斌
以民间借贷为视角解析夫妻共同债务-----2013年11月29日 北大法律信息网 陆兵
遗嘱违背公序良俗,法律岂能支持-----2013年11月19日 人民法院报 谢碧娟
形式不符内容真实性无法确认 一线法官表示 网络遗嘱局限多无法律效力-----2013年11月21日 法制日报 蒋皓
(中国法院网)11月20日14:30, 海淀法院副院长宋鱼水做客本网-----2013年11月20日 中国法院网
婚内夫妻一方尚可向对方主张个人财产权-----2013年11月21日 中国法院报 王振茂
因解决婚外情而支付的费用是否属于不当得利?-----2013年11月29日 北大法律信息网 胡珍玉
团购“越南新娘”的刑事法律风险-----2013年11月25日 人民法院报 刘砺兵
“隐名购房”,小得益或有大风险 法官提醒:有无“隐名购房协议”是确定真实权利人的关键证据-----
-----2013年11月27日 上海法治报 翟珺
夫妻离婚时共有股权分割探析-----2013年11月27日 中国法院报 龚超 魏少永
因离婚产生的知识产权期待利益的分割-----2013年11月27日 中国法院报 赵克
韦光盛,李慈文:弄虚作假骗取《结婚证》的婚姻纠纷应定离婚 2013年11月27日 中国民商法律网 韦光盛 李慈文

十一、检察官视点

应保护离婚妇女土地承包经营权-----2013年10月26日 检察日报 赵荣 张攀峰

十二、律师视点

《理财师》杂志采访:从土豪金到贵族绿-----2013年7月 《理财师》杂志 王占国
台北赖芳玉律师博文:《婚姻契约跳票》-----2013年10月29日 tinalaw.lai 的博客 赖芳玉
从老外犯重婚罪说起-----2013年11月04日 上海法治报 蔡绍辉

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得
父亲留下承租公房 叔叔拿出大红房本 被监护人的利益咋保护? -----2013年11月04日 北京晚报 林靖
“新型网络遗嘱”有效吗? --2013年11月13日 北京晚报 林靖
这场离婚官司法院“破例”判决一次性付抚养费 12 万元-----2013年11月14日 重庆晚报 唐中明
悍妻四年频频家暴丈夫忍无可忍想离婚 -----2013年11月15日 荆楚网 肖梦吟
爱上不该爱的男人-----2013年11月16日 tinalaw.lai 的博客 赖芳玉
婚后加名离婚时房产分割之探讨-----2013年11月10日 贾明军博客 贾明军
英国最高法院 P（上诉人）&R 有限公司及其他公司（被上诉人）判决----2013年11月05日 贾明军博客 贾明军
结婚多年确认亲子关系不存在假父亲能否撤销赠与孩子的房产? -----2013年11月18日 《上海律师》 郭韧
被养了 17 年为何分不到补偿款-----2013年11月23日 检察日报 李轩甫 谈星余
离婚涉及股权转让和分割若干问题的思考-----2013年11月23日 中国律师网 郑春杰
全部家财赠子孙 老人晚境很凄凉 房产赠子孙 还能要回吗? -----2013年11月27日 北京晚报 孙莹

十三、好书推荐

家事法研究(2013 年卷) -----夏吟兰 龙翼飞
中国继承法修改热点难点问题研究-----陈苇

十四、新《民事诉讼法》专题资料

特别声明

简报获取：“家事法苑”家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”！
家事法苑™是杨晓林律师自 2008 年 11 月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。
家事律师网™是杨晓林律师 2011 年 6 月 1 日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的 <http://www.famlaw.cn> 的网站专用名称(京 ICP 备 10218255 号-1)，并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。
未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。
欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙 QQ 群（群号：171337785）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校学生、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！

编辑：“家事法苑”律师团队
顾问：郝惠珍 主编：杨晓林
执行主编：段凤丽 编委会成员：段凤丽、刘强
家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>
“家事法苑”（群号：826090）新浪微群：<http://q.weibo.com/826090>
家事法苑™新浪微博：<http://weibo.com/jiashifayuan>
家事法苑™婚姻律师团队官方微博 <http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>
“段凤丽家事律师”的新浪微博：<http://weibo.com/2020842715>
简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com

正 文

一、婚姻家庭审判动态

宝安法院设立家事审判庭

2013年10月21日 深圳商报 记者 包力 通讯员 吕静

新鲜！为解决家事矛盾，宝安法院为此设立深圳市首家家事审判庭。记者昨天从该院获悉，家事审判庭由一名负责人和多名具有丰富家事审判经验的法官及司法辅助人员组成，主要负责审理第一审婚姻家庭纠纷、继承纠纷等家事案件，包括离婚财产纠纷等 20 余类普通的家事案件。

家事纠纷立案专门排队叫号

为适应家事审判方式改革对案件受理和流转的特殊要求，宝安法院采取措施，全面规范家事纠纷案件立案和流转工作，从源头确保家事审判方式改革。

首先，设计独具特色的家事案件诉讼相关文书。针对家事审判改革的特殊需要，宝安法院设计并制作了独具特色的家事案件诉讼指南、诉讼指引、当事人财产申报表等，设计启用了区别于其他案件的特色档案袋，方便案卷识别，提高案件流转效率。

其次，设立家事案件专门受理窗口。实行家事纠纷立案专门排队叫号，指派熟练掌握家事纠纷案件处理规范的立案人员坐驻窗口专门受理家事纠纷立案。

第三，严格规范家事案件受理流转流程。制定了《关于受理及流转家事案件的相关规定》，从受案范围、诉前指引、立案审查、材料发放及分案规则等方面全面规范家事案件受理及流转。

最后，强化家事纠纷诉讼指引与诉讼提示。发出针对家事纠纷的伦理、情感属性，强化调解引导，从案件入口环节引导当事人选择诉前联调和审前调解；针对确实存在经济困难的当事人，提示可选择司法救助及法律援助；针对家事审判的特色，特别提示三项制度，即诉前家庭财产申报制度、人身安全保护裁定制度、离婚证明书制度。

发出人身安全保护裁定

家庭纠纷中，常常发生家暴现象，为保护弱者，法院特推出人身安全保护裁定制度。记者在宝安法院采访时，该院沙井法庭在审理一起离婚案件时，启动人身安全保护机制，作出人身安全保护裁定，结果，男方未再对女方作出危害其人身安全的行为。

女子王某与李某于2002年打工时认识、相恋，生育一儿一女，于2013年1月补办结婚登记。但李某常对外宣称自己已离婚，并与其他异性长期保持暧昧关系。婚姻关系存续期间，李某经常对王某及其弟实施家庭暴力，导致王某及其弟身体多处部位受伤并入院治疗，夫妻关系不断恶化。李某还经常将王某的生活照发至网上，并在照片下写上“泼妇、小心点儿”等侮辱、恐吓性文字。

2013年7月，王某向法院起诉要求离婚。离婚诉讼期间，李某多次通过电话、短信及邮件方式恐吓王某，并扬言“我不搞死你全家，我不姓李”。此外，王某还指称李某有骚扰、跟踪等其他危害其人身安全的行为。王某于2013年8月5日向法院提出人身安全保护申请。

案件审理中，法院对李某进行了批评教育。鉴于李某对王某具有一定的人身危险性，法院遂作出人身安全保护裁定：禁止被申请人殴打、威胁申请人；禁止被申请人利用骚扰、跟踪等手段，妨碍申请人的正常生活。为确保裁定的顺利执行，裁定书中告知当事人：如被申请人违反上述禁令，法院将根据民事诉讼法的规定，视情节轻重予以训诫、罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

上述裁定作出后，李某未再对王某作出危害其人身安全的行为。

家事案件财产申报制度显成效

离婚案中，财产分割往往是夫妻双方矛盾的焦点。从2013年7月12日起，宝安法院要求所有涉及分割夫妻共同财产的离婚案件中的当事人均应填写《家事案件财产申报表》，主动向法院申报夫妻财产状况。这一办法让当事人不敢以隐瞒财产来承担法律后果。而该院民一庭也运用财产申报制度，近日成功调解了一起离婚案件。

女子何某与黄某是夫妻，何某是某机关的临聘人员，月工资3500元左右，黄某常年经商，收入不详。2013年8月，何某起诉要求离婚，黄某同意，但双方在财产分割问题上争执不下。何某指称黄某经常出入高档娱乐场所，有车、有房、有股份、有存款，要求分割。但由于黄某系经商，收入不固定，故何某无法举证证明黄某的财产状况，也不能提供相关的财产线索。而黄某则坚称自己没有任何财产，并反过来要求分割何某的工资收入。按民事诉讼“谁主张谁举证”的证据规则，何某因不能举证而处于十分不利的诉讼地位，不仅其要求分割黄某名下财产的诉讼请求得不到法院的支持，相反其名下的工资收入还要作为夫妻共同财产予以分割。

该院在审理此案时，将《家事案件财产申报表》送达给双方当事人，详细说明财产申报表的填报要求，并告知拒不申报或申报不实的法律后果，即逾期不申报的，视为放弃处理相关夫妻财产的权利，隐藏、转移夫妻共同财产，妨碍民事诉讼的，法院将依照民事诉讼法的规定给予制裁。

在收到法院的财产申报表后，黄某很快转变了原来的强硬态度，主动要求与何某和解。最终，本案在法院的主持下，双方对财产分割达成一致意见，并签署了离婚协议。

北京通州法院：一屋子古董 四姐弟难分 调解员出马 巧妙化解万贯家财之争

2013年10月31日 法制晚报 纪欣

调解故事

法制晚报讯（记者 纪欣）夏家兄弟姐妹共有四人，三个姐姐，一个弟弟。祖上留下的一厢房古董遗产，让他们彼此纠结了十几年。无奈之下，弟弟向法院提起诉讼，法官则请来了调解员。一天时间，事情得到了顺利解决。

古董难分 弟弟提起诉讼求分割

西城小巷内一座不大的院落，是父亲给他们遗留下的产业。父母多年前去世，房产分割倒很顺利，可是还有一件令他们头痛的事。他们的祖上有人在宫中做过事。就在这个院落中的一间小厢房中，里面收藏着数辈祖上老人遗留的价值不菲的一大堆古董。

这间小厢房的门上，挂着四把锈迹斑斑的大锁，兄弟姐妹一人一把钥匙，谁也无法单独将门打开。兄弟姐妹都想分割这批古董，但谁也拿不出处理办法。

无奈之下，弟弟向法院提起了诉讼，要求对这批古董进行分割。年轻的主审法官对此案也很头痛，因为四人谁也说不清这批古董的名称、品类和价值。于是邀请了人民陪审员、西城区人民调解员协会的副会长刘跃新同志来协助解决。

知名调解员 用“扒堆儿”解难题

7月份的一天，顶着炎炎烈日，刘跃新与主审法官来到了这座院子里。当三个姐姐认出刘跃新同志是北京台科教频道《第三调解室》的调解员时，非常高兴，都说有盼啦。

刘跃新与法官、书记员等人，砸开厢房门上的四把大锁，小心翼翼地开始了清点工作。各式各样的花瓶、盘碗、摆件等，写满了三大张纸。

整整三个小时，终于清点完了。

面对法官“能否协商解决”的提问，三位姐姐把目光投向了刘跃新。

刘跃新说：“‘扒堆儿’这个方法，你们能考虑吗？因为品种太多，评估可是一个不小的工程啊。”他们点头不语。过了片刻，大姐首先打破了沉闷：“我们信任您，听您的。”

二姐和弟弟也表示同意。三姐还有些犹豫……为了让三姐尽快做决定，刘跃新采用了激将法：“这个方法如不能用，请你们再做认真考虑，我们先走了。”看到法官与刘跃新准备离开，三姐拦住道：“我同意扒堆儿！”

四姐弟点头 事情顺利解决

刘跃新趁热打铁：“老家儿留下的东西是有价的，但兄弟姐妹间的手足情谊则是无价的，但愿大家能够以亲情为重……”一番语重心长的谈话，再次让四人一致表示同意协商解决。

刘跃新将当事人请出去后，和法官、律师等一起，将那一堆古董从厢房里一一搬出来，摆在院子里，大致分了四堆，做了四个签，写上编号，再请四位当事人进来抽签。

事情进展的出奇的顺利，四位当事人，拿着抽到的签，分别认领了属于自己的那部分古董。没有吵闹，没有争执……随后在法官的谈话笔录上签下了自己的名字。

他们对刘跃新说：“虽然起诉了，但我们都知道，法院也很难一下子了断此事。多亏您，否则还不知道将来会怎样呢！”

争执了十多年的万贯家财，在刘跃新的主持下，就这样解决了。

北京通州法院：遇拆迁利益“母女”反目

2013年10月31日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯（记者裴晓兰）卢女士见孙老太无人赡养，认其当干妈并自掏腰包帮盖新房，孙老太表示死后房屋都归卢女士所有。此后，因房屋拆迁，拆迁款让“母女”反目。记者昨天获悉，经通州法院调解，两人将拆迁补偿利益进行了分割。

几年前，卢女士结识了无家可归的孙老太。她见孙老太双目失明，年事已高，便自掏腰包帮其租了一间平房居住，双方就此结缘，孙老太认卢女士为干女儿。后来，孙老太嫁给了通州农民韩老汉。韩老汉无儿无女，房屋已年久失修，卢女士再次伸出援手，自掏腰包为他们建了全新的十间房。老夫妻出于感激写下字条，表示二人过世之后，房屋归卢女士所有，如果遇到拆迁，所得利益也归卢女士所有。2011年，韩老汉的村落果然开始拆迁，面对巨大的补偿利益，老夫妻反悔，只愿意支付卢女士四到五万的建房费用，之前的承诺作废。此案开庭后，在法官调解下，双方最终达成调解方案，韩老汉夫妇分得拆迁安置房屋以及76万补偿款中的41万，卢女士分得35万。

河南省洛阳市涧西区人民法院：姐姐用妹妹身份证登记结婚 民政局审查不严被判担责

2013年10月31日 人民法院报 高晋 韩璐

本报讯 姐姐拿着妹妹刘某的身份证登记结婚，刘某知晓后要求撤销结婚证，遭到民政局拒绝。近日，河南省洛阳市涧西区人民法院审结这起行政诉讼案，依法支持了刘某的诉讼请求。

刘家有一双姐妹，妹妹于2004年4月去日本留学。姐姐在家也到了待嫁之年，自己谈了一个男朋友，遭到父母的强烈反对，为了阻止此事，父母将姐姐的身份证藏了起来，无奈之下，姐姐竟拿着妹妹留在家中的第一代身份证和家里的户口簿于2004年8月10日与心上人到民政局婚姻登记处办理了结婚手续，在申请结婚登记声明书和结婚登记审查处理表上填写了妹妹的名字并领取了结婚证。一年后，姐姐因病去世。

妹妹刘某回国后，在申请住房办理单身证明时，被告知已经“被结婚”，如果不更正，将对其今后的生活造成重大的影响。今年6月她将民政局告上了法院，请求法院撤销被告颁发的结婚证。

民政局辩称，造成结婚主体与实际的婚姻生活主体不符的过错责任在当事人自身，且不属于法律规定的婚姻无效的四种情况，民政局无能为力。

法院审理认为，被告民政局在办理姐姐与其未婚夫的结婚登记时，虽然对两人出具的证明材料进行了审查，但工作人员在审查时存在瑕疵，未能识别身份证和本人不符，导致婚姻登记错误，因此，对被告民政局的颁证行为应予纠正。

■法官说法■**婚姻无效和可撤销婚姻**

承办法官就该案涉及的婚姻无效和可撤销婚姻进行了详细的解释。他说，婚姻无效和可撤销婚姻是新婚姻法增设的内容，其中第十条规定，有下列情形之一的，婚姻无效：（1）重婚的；（2）有禁止结婚的亲属关系的；（3）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；（4）未到法定婚龄的。第十一条规定，因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。

受胁迫结婚是目前婚姻登记机关可撤销婚姻的唯一情形，而弄虚作假、骗取结婚登记的情形确不在登记机关可撤销范围内，只能通过司法途径解决，其中无效婚姻主要涉及民事法律关系，要通过民事程序；撤销婚姻登记则需要启动行政程序。对于避免弄虚作假情况的发生，一方面，要完善法律制度，加大惩罚力度；另一方面，应建立与公安关联网的查询系统，加强对证件真伪的辨别能力，真正做到从形式上的审查到实质上的审查。

上海奉贤法院：“是你们，圆了我回家的梦！”奉贤法官十多次调解助八旬老人家庭团圆

2013年10月30日 上海法治报 记者 翟珺 通讯员 严爱华

87岁高龄的施阿婆与儿子不和，13年前与儿子一家闹翻后就搬在外面独自一人居住。13年后，施阿婆打官司状告儿子，要求搬回家。奉贤法院启动老人维权绿色通道，经法官十多次的走访调解，终于帮老人圆了回家的梦，也促使老人与儿子及媳妇的关系和好。

日前，一直在惦念着的法官们特意制作了一幅“家和万事兴”的字画，专程到施阿婆家看望回访。“奶奶，身体可好！住得舒服吗！”“好…好！”施阿婆见到法官高兴得合不拢嘴，她抱着搂着三位法官，像对自己的孩子似地格外亲切。

“是你们圆了我回家的梦，该怎么感谢你们啊！”当法官将一幅“家和万事兴”字画挂在老人床前时，施阿婆激动得热泪盈眶，紧紧拉着法官们的手一个劲儿说谢。此时此景，让在场者无不为之动容感慨万分，深切感受到了法官在践行“司法为民”宗旨时所体现的真心真情真切。

87岁老人想回家

前不久，奉贤法院收到了一份诉状，一位87岁高龄的老人状告儿子与媳妇，要求搬回家并支付赡养费。老人打儿子官司，即便打赢了，亲情却被打没了。对此，奉贤法院启动了老人维权绿色通道，由妇女儿童维权工作室的三位法官负责对此案进行诉前调解。

当立案庭的两位副庭长唐军芳、钱东君及承办法官何吉英第一次去看望老人时，施阿婆早已站在门口盼着。见到法官，她流着眼泪连声说“我要搬回家，我要回自己的家！”

法官们为之动情，倾听着老人13年来居住在外的孤独、寂寞及伤心。老人想回自己的家中安度晚年、想重获亲情的迫切心情深深打动了法官们，促使他们不懈努力帮助老人实现心愿。

可施阿婆到底为何会独自“流落在外”？原来，施阿婆生育二女一儿。大女儿住在外地，小女儿在市区，平时，老人一直与儿子一家生活在一起。日子一长，老人和小辈们常常因为一些家庭琐事而发生争执。2000年冬，施阿婆与儿子间的矛盾再次爆发，双方吵得很激烈。为了避免矛盾进一步激化，施阿婆的小女儿在附近买了一套小房，让母亲独自居住，后又请了保姆照料。

施阿婆告诉法官，儿子所居住的房子原本是她单位福利分配的，由儿子出资2万元购买，事后她拿出2000元补给儿子。老人认为，这套房子她也是有份的。

积怨颇深心结难解

在初步掌握情况后，法官们就找施阿婆的儿子老俞及其妻交谈。说起与老人的不和，夫妻俩也伤心至极。老俞的妻子边流泪边倾吐：丈夫与婆婆的性格都较为倔强，原本家中难免磕磕碰碰，没有妥善沟通、处理好，就演变为矛盾冲突，大家都受到伤害。这几年他们也经常去看望、照料母亲。但是，老人打儿子官司却让老俞无法接受，他指出，现在的这房当初是老俞购买的，产证登记的是老俞一人名字，他们认为老人是没有份额的。

法官发现，这家人的矛盾积怨很深，解决本案的关键问题必须打开老俞的心结。老俞认为，母亲突然要回来居住，定是受女儿们的怂恿，想占据房子。为此，法官们分别找了老人的两个女儿及其他家庭成员交谈，女儿们明确表示，放弃继承母亲对该房的份额，只要母亲能安度晚年。施阿婆也曾向法官说过，儿子能同意让她搬回家，她就将自己的份额赠予儿子。

为了查明施阿婆对这套房子是否有权属，法官们特意到房屋管理部门查资料，证实老人是这套房屋的同住人，按有关规定，施阿婆对该房系有份额。

法官们再次找老俞夫妇细谈，向他们详细释明法律规定，明确告之老人对这房子有产权，应该居住。子女对父母有赡养扶助义务，现老人年迈体弱，子女应承担赡养义务。作为儿子儿媳于情于理都应妥善安置好老人的居住问题。女法官还向老俞透露，老人以后将其房屋的份额给他，表明母亲心中还是疼爱儿子的，循循劝导老俞念在母子亲情份上，忘却过去的种种不快，一切重新开始。

通过法官反复多次的劝导，老俞原先激烈的情绪得到平息，心结也在慢慢化开。倾情调解老人梦圆

老俞的情绪日渐平息，案件调解已成熟，法官们便召集施阿婆、老俞夫妻及老人的女儿女婿们，还有老人的外甥等有关成员进行调解。

然而双方见面，仍旧怒气冲天，互相指责。早有思想准备的法官们耐心倾听着，让他们一个个将心中的怨气发泄出来。那天，何法官年仅 11 个月的孩子高烧 40 度，要送儿童医院就诊。家人抱着高烧的孩子一直等在调解室门口。孩子不停地哭着喊着“妈妈，妈妈抱呀！”孩子的哭喊鞭打着法官的心，可调解关头脱不了身，何法官只得忍着心疼继续调解。晚上 7 点多，在大家的劝说下，何法官方才抱起孩子赶往医院就诊。

此情此景感动着当事人，他们在平息争吵大战后，终于就老人搬回居住、赡养费的支付等问题达成了基本协议，老俞收回已出租的房子，腾出房间让母亲搬回居住，两个女儿每月各给付老人赡养费 500 元，老俞则负责老人的日常生活。

从下午 3 点到晚上 8 点，法官们未喝一口水没吃一口饭，足足调解了 5 个多小时。当她们拖着疲惫的身体赶回家时，方才感到肚子饿的“咕咕”响。

由于房子的租赁期满还差两个多月，施阿婆怕夜长梦多，打电话给法官，要求尽快搬家。为了让施阿婆放心安心，法官又专程赶到她家，将房屋出租情况对她说明，并向老人承诺，其儿子一定会让她回家的。

尽管老人的担忧有些多余，但心细的女法官们却为老人考虑的十分周详。在再次召集他们时，就搬家日期及老人赡养的具体细节都作了详细安排，包括保姆每周一天休息不在时，由儿子负责照料，每月的水、电、燃气等费用也由儿子缴纳。为方便办事，老人的工资款则由儿子保管。那次调解，施阿婆因身体不适未到场。对此，法官们再次上施阿婆家，告诉了调解内容。不料，老人对工资款交给儿子保管一事表示坚决反对。在法官的耐心劝导下，老人答应每月给儿子 500 元作为相关费用的支付。

得知搬家日期定于 10 月 29 日，施阿婆格外高兴，她再三邀请三位法官，搬家那天一定要来。搬家那天，三位法官搀扶着施阿婆送到家，并再三叮嘱家人好好照顾老人，让她安度晚年。临走前，在阿婆的建议下，法官们与大家合影，给阿婆留作纪念。

一起僵持多年的家庭纠纷就此化解。案件之外，值得思考的是，调解不仅需要专业知识、实践经验，更需要法官公心公正及无私奉献。在一些家庭婚姻案件中，法律关系并不复杂，一判了之虽然简单方便，但实际效果难以保障。就本案而言，如果调解不成进行判决，将可能会引发后续的一系列家庭矛盾，继而引发新的诉讼。如果涉及强制执行，将使家庭关系更紧张。奉贤法官的悉心调解，既解决了矛盾，有弥合了亲情，使原本尖锐的纠纷圆满消除。

办酒席未领证：丈夫去世？“妻子”索赔无名

2013 年 10 月 21 日 《民主与法制时报》 陈婧

去年夏天，张先生和媳妇坐着朋友的车，从外地返回南京。说他们是“夫妻”，其实只是在各自的老家办了两场酒席，还没有领结婚证，不过此时媳妇已有两个月身孕。不幸的是，途中发生了车祸，张先生因伤势过重去世。当媳妇何女士想要索赔时，却遇到了困难，她尚不是张先生的法定妻子，她腹中的胎儿也因为没有出生，无权主张抚养费。

新婚遭遇车祸，“丈夫”去世

张先生与陶先生是好哥们儿，两人一起在苏南一个城市共同创业。去年夏天，陶先生开着自己的小客车，载着张先生和新婚不久的媳妇何女士从苏南返回南京。当天下午 4 点多，车子沿宁杭高速公路行驶到南京段时，不慎撞向了道路旁边的护栏。车上 3 个人全部受伤，张先生伤势尤其严重，被送至医院后还是没有抢救过来，当天去世。事后，交警认定事故发生的原因是陶先生因为疲劳疏忽，遇险情时没能及时采取有效措施。

没领证的“妻子”索赔无名

事故发生后，张先生的父亲老张以及何女士将陶先生告上法院索赔。法院审理发现，张先生与何女士并未领取结婚证。原来，他们只是在各自的老家，按农村的习俗举行了婚礼。但案发时何女士已经怀孕两个月。审理此案的丁法官介绍，何女士并没有与张先生建立合法的夫妻关系，所以并没有权利向陶先生索赔。事情一度陷入僵局。

因为双方一向关系良好，最终在南京市玄武区法院的努力下，成功调解，陶先生付给原告一方死亡赔偿金、丧葬费等总共 53 万元。其中，老张和何女士分别获赠 20 万以及 21 万，剩下 12 万元明确约定为何女士腹中胎儿出生后到 18 岁的抚养费。不过，陶先生只需在孩子出生后支付这 12 万元，如果胎儿未能成活，就无需支付。

律师解读

调解书中，何女士和胎儿都得到相应的赔偿。那么如果陶某不接受调解，从法律上讲，母子俩是否有权获得赔偿呢？江苏朗华律师事务所饶奋斌律师对此解释，在本案中，母子俩都属于在法律上无名分的。“她与张先生没有领结婚证，并不是法律上的夫妻关系”，何女士不能作为原告索赔。饶律师介绍，只有在 1994 年以前结婚，并且符合法定条件，没有结婚证，法律也认定为事实婚姻。

那么胎儿可以获得抚养费吗？饶律师称，这同样没有法律依据。“目前只有继承法中规定，被继承人死亡后，要给遗腹子保留确定份额。”此案中，两个月的胎儿尚不能享有民事权利。饶律师表示，如果法院判决的话，索赔

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报——分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得
总额中并不该包含针对胎儿的抚养费这一项。不过，他补充，“法律规定，交通事故中人身损害赔偿诉讼的时效是1年”，受害家属可以在孩子出生后再到法院起诉。

湖北省房县人民法院：“家事法庭”断清家务事

2013年11月03日 人民法院报 王锐 何为



日前，湖北省房县人民法院“家事法庭”的法官丁长喜、书记员朱睿和工作人员一起驱车30余公里，来到该县土城镇塘埂村委会，会合镇村干部一起来到塘埂村六组王厚英老人家，给老人解决养老护理问题。

经过法官耐心做各方工作，化解了几个兄弟、姑媳、兄嫂之间的矛盾。二女儿小秀同意照料母亲的生活起居，其余儿女每月出300元赡养费交村委会，由村委会转交小秀，老人的医疗费用由8子女平摊，“百年归山”事宜由四儿子小全负责。这场家事纠纷得到圆满化解，在场的当事人都在协议上签字或捺印。

这仅是房县法院“家事法庭”化解家庭纠纷的一个缩影。据悉，该院“家事法庭”今年年初设立，是十堰法院首个审理家庭纠纷的专业化法庭。截至目前，共受理各种家庭矛盾类案件324件。其中，七成调解撤诉，四成和好，促成了家好人和。

图①：法官丁长喜耐心地讲法释理。

图②：兄嫂之间发生了激烈的冲突。

图③：王老太在女儿和法官们的帮助下勉强起床来到院子里。

图④：王老太的儿女、儿媳们达成一致意见，签署了调解协议。

广东省东莞市第二人民法院：“丈母娘购房”的争议新版本

2013年11月04日 人民法院报 黄彩华

时间：2013年10月30日

地点：广东省东莞市第二人民法院大朗法庭

案由：所有权确权纠纷

案情：2010年，张女士在广东省东莞市看中了某楼盘的一套房子，她支付了定金及首期款，但购房合同上，买房人的名字是正筹办婚礼的张女士的未来女婿龚先生。2013年，张女士的女儿和女婿闹离婚，张女士也把女婿告上法庭，要求确认该房为张女士所有。该房是张女士借用女婿名义购买还是赠给女婿，成为本案的审理焦点。

案情回放

购房合同换成女婿名字

2010年9月，香港居民张女士来到毗邻香港的广东东莞，看中了东莞某楼盘的一套房子。很快，张女士就跟开发商签订了商品房认购书，并交纳了2万元定金。

当时，国家调控房产，新出台了限制贷款政策。此前，张女士在大陆其他地方也购买了商品房，按新的贷款规定，张女士的首付款额度大幅提高，贷款利率也要相应提高。

当时，张女士的女儿与龚先生正在操办婚事，感情很好。张女士回忆说，她当时就与龚先生约定，由她出资，借龚先生名义购买该房，以后再将房子变更到她名下。

几天后，张女士跟开发商重新要了一份认购书，以张女士为买房人的原认购书作废，新认购书上的买房人换成了龚先生。张女士称，除了由她支付所有款项外，新认购书上龚先生的签名也是由她代签的。

买房手续办理的第二个月，张女士的女儿与龚先生结婚了，龚先生成了张女士的女婿。

2011年12月，开发商交付了房子。

2013年，张女士的女儿和龚先生因感情问题闹起了离婚。张女士称，女儿的婚姻出现危机后，她再三要求龚

先生协助办理变更房屋产权手续，但遭到拒绝。

2013年6月，张女士向东莞市第二人民法院状告龚先生，要求确认涉案房屋为张女士所有。

庭审现场

借名买房还是赠房

法庭上，龚先生本人没有到庭，只委托了律师出庭。龚先生的代理律师称，购房首期款确实是龚先生的丈母娘张女士支付，但当时是张女士答应把房子赠送给他们夫妻俩的。

张女士及其代理律师则称，张女士已在大陆几个城市多次投资房产，这次到东莞买房，也是经过了多次考察，才确定购买这套房子用来投资的。当时因为买房资金周转不够，连按揭还款的部分款项都是跟亲戚借的，所以根本谈不上赠送给女婿房子。

张女士当庭出示了她与亲戚之间的借款转账记录。张女士称，当时因为限贷政策出台，为了避免贷款不成功，眼见龚先生即将与其女儿结婚，才想到借用龚先生的名义代为贷款。房子交付后，因为是买来投资用的，她自己也没有住，就拿去出租了，跟物业交接及委托出租的手续，也都是她一手办理的。

张女士向法庭提供了付款凭证、认购书、购房合同、收楼凭证、租赁手续等一系列证据，并证明房子的契税、物业费、维修资金等相关费用均由她缴纳。

龚先生的代理律师称，在签订第二份认购书时，是张女士口头表示赠送首期款给夫妻俩买房的。其实首期款里面，也包含了龚先生之前支付给张女士的办婚事礼金。签订购房合同的时候，因为龚先生工作较忙，有些事情是由张女士去办的。

当法庭询问其所称的赠与行为是在何时何地发生的，龚先生代理律师称，当时是在龚先生家里，是张女士口头说的，没有旁人佐证。

张女士反驳称，自己并没有稳定收入，还要供房款，自己都有经济压力，怎么会买房子赠与龚先生？张女士表示，她同意把女儿嫁给对方“已属不易”，还要送上一套房子不合常情。

对于龚先生一方关于首期款包括结婚彩礼钱的说法，张女士称，龚先生之前允诺的彩礼钱一分都没给。

法庭询问龚先生是何时何地、支付多少金额的彩礼，代理律师称，是在龚家支付的，但“具体时间、具体金额都记不清了”。

按揭贷款由谁支付

龚先生的代理律师称，按揭贷款是由龚先生支付的，按揭还款账户用的是龚先生的名字。

张女士则称，该还贷账户一直是由她实际掌握，由她负责支付按揭贷款。房子出租前，是由她出资还贷。房子出租后，她与租客约定，让租客直接将租金打入该按揭账户以抵扣还款。

当法庭询问有关租金金额、租期、支付周期和方式等租赁合同的细节是如何敲定的，龚先生代理律师称，是龚先生和张女士一起商量后，交给张女士去做的，当时龚先生比较忙。

张女士则称，租赁合同的细节及执行，都是她跟租客协商决定的，房子一直由她实际控制，办理跟房子有关手续留的也都是她的手机号码。而龚先生对房子的交付、出租等事项均毫不知情，“如果房子是他的，他的行为违背人之常情”。

因双方分歧较大，未能达成调解。本案将择日宣判。

北京通州区法院：村妇称23年前被拐卖诉离婚遭家暴曾经出逃 想到女儿年幼又返回隐忍多年

2013年11月04日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯(记者裴晓兰)陶女士称自己20多年前来京，被拐卖嫁给赵先生，因可怜女儿年幼隐忍多年。如今女儿长大出嫁，她起诉要求离婚。近日，通州法院受理了此案。

陶女士诉称，1990年，她从河南老家来北京打工，后被人欺骗卖到离婚的赵先生家做妻子。由于她年龄小，没有生活经验，加之赵家人看管严，未能出逃。双方登记结婚后于1991年生育一女。

陶女士说，因不能忍受赵先生及其家人的种种家暴行为，她曾经出逃，但想到年幼女儿可怜，又回来与赵先生一同生活，双方根本没有夫妻感情。

1998年，她曾起诉离婚，但赵先生不配合，她看在女儿的份上继续与赵先生生活。后来，由于双方在生活中经常发生矛盾，她多次去民政局办理离婚，但因种种原因未能办成。赵先生经常因小事对她发脾气，双方无共同语言。现女儿已长大成人并出嫁，她没有理由继续忍受身心痛苦，故请求法院判令双方离婚并依法分割财产。

目前，此案正在进一步审理中。

北京市海淀区法院：前女友诉现女友索要红利

2013年11月02日 京华时报 张淑玲

京华时报讯(记者张淑玲)恋爱期间吴小姐家出钱贷款买房，并登记在男方名下。两人分手后，前男友李先生卖掉了房子，偿还了吴小姐家的首付款和贷款。最近，吴小姐将李先生及其现任女友诉至海淀法院，讨要两人借款50万元。记者昨天获悉，法院已受理该案。

吴小姐诉称，李先生和高小姐曾给自己签过一张50万元的借条，这张借条实际就是自家出钱买房升值的部分，

两人承诺3个月内偿还，但账到期了两人还不还款。

李先生辩称，吴小姐是自己的前女友，2009年，吴小姐家出了70万元首付、20万元装修款给两人买了一套两居室。不料3年后，两人分手。分手后李先生卖了房子，除了付给吴小姐家70万元首付和银行按揭贷款外，还获得了90万元。李先生将其中的40万元给了吴小姐。

李先生称自己和高小姐相恋后，吴家认为高小姐是第三者，逼着自己和高小姐签下借条。

高小姐则称自己是被吴家人逼迫签的借条，该案是吴小姐与李先生的经济、感情纠葛，和自己无关。该案正在进一步审理中。

重庆市南岸区法院：一对离异夫妻四年打了十多场官司

2013年11月05日 重庆晚报 罗彬

一对夫妻离婚4年，前夫起诉前妻要求返还给儿子预留的抚养费25万元，理由是前妻把这笔钱挪用了。

此案背后，还有抚养费、变更抚养权、不当得利、离婚后财产分割等多种案由官司。有的甚至从一二审打到再审、抗诉。4年来，他们总共打了10多场官司。

南岸区法院在调解时，将全部恩怨化解，不但其他未判决案件撤诉，双方还互写保证，不再告来告去。

重庆晚报首席记者 罗彬

状告挪用抚养费

据该院民一庭副庭长黄家琴介绍，汪雄和刘雪在4年前协议离婚，双方在离婚协议中第三条约定了家庭财产的处理，涉及到南岸区学府大道的房屋、一个经营服装生意门市的使用权、以及双方认可的50万元夫妻共同存款。

从协议看，所有这些财产都与汪雄无关，汪雄净身出户。学府大道的房屋归刘雪所有，50万元存款和门市使用权归儿子，儿子由母亲刘雪抚养。

黄家琴称，她审理的是50万元存款争议案件，而这是双方的第10多场官司了。庭审时很闹热，双方都很激动。

汪雄认为这笔钱是夫妻共同存款，当时作为预留给儿子的抚养费。但在此前的官司中，刘雪当庭表示这笔钱被她挪用了。他作为父亲不由得为儿子今后的生活感到担忧，为此起诉要求刘雪返还其中的25万元。

当庭索要青春费

刘雪在庭上也很激动。她告诉法官，在法院的生效判决中，这50万元并没有被认定为抚养费，而且当初这50万元，离婚后汪雄父母要走了16.9万元。这些钱是归还的欠款。

刘雪列出她离婚后支出较大的费用名目。包括：支付门面费23万元，付房贷11万元，孩子的幼儿园费用9万多，孩子兴趣班花费2万多，医疗费1.6万元，这几年打官司10万元。即便剩下那31万元属于预留抚养费，汪雄也只占15万多，她还没有把孩子的衣食住行算进去。

她说，为了给儿子提供良好的教育，不输在起跑线上，给孩子选择了最好的学校，这些都是需要钱开路的。

“离婚4年来他只给了1个月1000元的抚养费，其他所有的都没管过。”刘雪为此气愤不已。她说，当初是汪雄有第三者，存在过错，本应作出一定赔偿。离婚协议中约定房子归她、现金给儿子，她也看在多年夫妻份上没有要求赔偿。

“既然他要反悔，我也要求支付20万元精神损失费和青春损失费。”她说。

互写保证不再告

黄家琴称，这个案子她开了一天庭，法庭上耐心倾听双方的观点，努力让他们握手言和，当庭达成调解协议。上周，双方到法院领取调解书。

黄家琴称，在签订调解笔录时，双方都很高兴，汪雄的母亲更是感慨不已。双方还相互写保证书，保证以后不再告来告去。“更重要的是，其他的恩恩怨怨也随同这个案子全部一笔勾销。”黄家琴说。

（当事人均为化名）

将心比心化解积怨

离婚4年，双方家庭成员均出面打了多场官司，法官有什么秘诀一朝化解多年积怨？

黄家琴称，其实没什么秘诀，她只是将心比心。她针对各自争论的焦点，了解各自的需求，站在各自的立场，先听取意见。比如双方当事人均对变更抚养权的案件有意见，其中就有“放弃其他诉讼请求”一项。实际上，双方都对放弃诉讼请求理解有误。当她解释只针对本案、除探视权之外的其他诉讼请求被放弃，双方便释然了。得知各自内心真实想法后，再有针对性地调解，成功的可能性就很大。

官司马拉松只为一口气

“他们打这些官司都是为了顺口气。”黄家琴称，从她审理和调解来看，双方都是在打气官司。

昨天重庆晚报记者联系上汪雄。他称，一切都过去了，本来没多大的事，主要是为了孩子。现在好了，一切都圆满解决了，以后他会尽抚养责任的，“黄（副）庭长一看就明白了，是为了孩子。”

谈及马拉松官司，汪雄称，其实房屋、存款都是额外的，前妻也以为他们是为了钱打官司，其实不然，一切的目的都是为了能见到孩子——前妻一直不让他看孩子。最长的时候，他一年才能看到一次，而且都是自己到

学校去看。

他坦承，自己以前做事冲动，当初离婚也是在气头上。如果他早知今日，怎么也不会离。但现在说什么都晚了。

汪雄称，他从内心想给儿子父爱，满足儿子的每一个愿望。前不久，他才把儿子接过去，一见到儿子，所有的气都烟消云散了。他也不想折腾了，只想好好当一个父亲，弥补父爱，增进父子感情。现在，他每周末都可以去接儿子。同时，他希望采访不要引起前妻的误会。

刘雪告诉记者，打马拉松官司耗费了她的精力、金钱，她还要一个人管孩子、培养孩子，真的不容易。对前夫的一些说法，她并不赞同。她说自己也是为了孩子，能退让一步就退一步。

到过 6 家法院

走完全部法律程序

■黄家琴介绍，这对离婚夫妻的第一个案子是 2010 年 7 月开打的。原告是汪雄的父母，被告是汪雄及前妻刘雪。

汪父母认为：儿子和前儿媳做服装批发生意时，是他们老两口出的资，之后二老共同参与经营。房屋是生意赚的钱买的，存款也是生意上赚的，这些财产是他们家庭共同财产，儿子和前儿媳离婚时无权处置。

结果：一审法院判决离婚协议中关于财产分割条款无效。刘雪上诉，二审法院维持原判，但表示“对于这些财产是否家庭财产可以另案起诉”。刘雪向高院申诉，被裁定驳回再审申请；向检察院申请抗诉，检方审查后决定不抗诉。

■2011 年 2 月，汪雄父母又起诉儿子和前儿媳，要求分那 50 万元存款中的 25 万元。

结果：一审法院以“无证据证明该存款属于家庭共有财产”为由驳回诉讼请求。该案再审（没上诉申请再审）后在 2013 年 3 月调解，汪父母放弃分这 25 万元，但此前协议约定分给刘雪的房屋归汪雄。

■2012 年，汪雄为了夺回儿子抚养权，起诉刘雪。

结果：法院经过一二审，均驳回其诉讼请求。

■因为汪雄没有按离婚协议支付每月 1000 元的抚养费，刘雪帮儿子起诉到法院，要求汪雄支付抚养费。

结果：法院判决后，刘雪代替儿子正在申请强制执行。

■2013 年 5 月，汪雄以儿子的名义将前妻起诉到法院，称刘雪占用了他的抚养费 50 万元，用来做生意，4 年赚了 60 万元，应合并增值计算 110 万元，都要求返还。

■刘雪的父母也当了被告，说他们不当得利，理由是刘雪将抚养费产生的收益用来给刘雪父母买了房屋，应当归还。

黄家琴称，如果按照一个案子在一个法院算一场官司的话，两人总共打了 10 多场官司。因为他们各自居住地不同，分别在 3 个基层法院起诉，两个中级法院上诉。从一审到二审及再审，总共经历了 6 家法院，走完了全部法律程序。而在南岸区法院，就有 4 个案件。在调解汪雄要求返还 25 万元的案件时，双方答应其余案件全部一笔勾销，包括该院的执行案和另一个正在审理的不当得利案件。

北京市西城区法院审判动态:刚赠房就离婚 房子不能要回? 丈夫想用赠房巩固婚姻失败 想撤销赠与被驳

2013 年 11 月 06 日 北京晚报 孙莹

靳先生与杨女士原是夫妻，婚后靳先生将房本添上妻子名字二人共有。谁料加名刚四个月，两人就离了婚。靳先生诉至法院，要求撤销房屋赠与。西城法院一审判决驳回了靳先生的诉讼请求。

加名后就离婚

丈夫欲收回房产

靳先生在起诉书中称，他与杨女士于 2008 年 1 月登记结婚。2007 年 1 月，靳先生购买了原宣武区的一处房产，房屋总价款 96 万余元。靳先生的父母出资 62 万元交纳买房首付款，此后还给靳先生共计 13 万元还房贷。剩余房屋房贷一直主要由靳先生偿还。

婚后，杨女士提出在房屋所有权证书上加名。2009 年 7 月，靳先生与杨女士共同领取了房屋产权证，两人各享有房产一半份额。

靳先生说，他无偿赠与杨女士 50% 的房产份额，是为维护夫妻和睦、家庭稳定的善意赠与行为，可杨女士在赠与完成后仅 4 个月，就提出离婚分割财产。靳先生认为，前妻的行为违反善良风俗原则，从而使他善意赠与行为的目的不能实现，应依法撤销。

杨女士在庭上表示，靳先生没有提供证据证明两人之间存在赠与合同关系，涉案房屋基于夫妻财产约定协议登记在双方名下，按份共有各 50% 产权。

法院判决赠与完成

法院认为，靳先生与杨女士登记结婚后，在办理房屋所有权证书前重新约定各自对于房屋的共有份额，并领取了房产证，靳先生对房产的自愿处分行为可视为夫妻间的赠与行为。依据赠与合同和不动产登记制度的相

关规定，诉争房屋在双方达成赠与协议并办理了房屋登记手续后，赠与行为已全部履行完毕。

靳先生现以杨女士在领取房产证后4个月就提出离婚，违背其善意赠与的初衷为由要撤销赠与。但是，靳先生的赠与行为并没有明确约定附随义务，因此靳先生主张撤销赠与与杨女士房屋50%产权的行为，法院不予支持。

简而言之，靳先生将自己的一半房产赠与妻子，却没有明确约定以婚姻存续、白头到老为条件，在赠与完成后，即便两人离了婚，靳先生也没有了撤销的依据。

律师说法

只加名不约定存在风险

婚姻家庭法律专业律师、北京天驰洪范律师事务所杨晓林律师分析说，夫妻间经过协议，夫或妻将自己的个人房产加上配偶的名字、换成对方的名字或是减去自己的名字，只要没有支付相应对价，并完成了产权登记，通常视为夫妻间有效的财产约定，也是一种赠与行为。一旦赠与完成，赠出一方想要撤销，除非能够证明受赠方没有履行附随义务，或者能证明自己只是形式上加名，并无赠与意思，否则很难推翻当初的赠与协议。

此案中，靳先生没能撤销赠与的关键，就是他没有明确约定妻子受赠房产后的“婚姻”义务。所以说，公民在房产加名、减名、更名时，应该订立完善明确的约定，充分说明赠与的真实意思以及受赠和撤销赠与的条件。

杨晓林律师表示，即便房产的赠与合同不能撤销，也不意味着在分割财产时，必定按照物权登记的比例进行分配。“法院可能考虑房产历史来源、双方对获得房产的贡献、出资多少、婚姻存续时间长短、一方有无过错以及子女抚养等综合考量双方份额，补偿折价，各地法院的司法审判实践中，多有在10%至30%幅度内掌握。”

山东省临沂市罗庄区人民法院付庄法庭：悉心调解修复亲情

2013年11月12日 人民法院报 邵照学



①



②



③



④

范某因病死亡后，其八旬的妻子孟某因分割一次性救济费34920元将范某的四个儿子告上法庭。11月7日，山东省临沂市罗庄区人民法院付庄法庭法官到孟某所在的村委进行巡回审判。

法院经审理认为，该案中的一次性救济费虽不是遗产，但可参照遗产的分配原则予以合理分割，并结合近亲属与死者之间的关系远近情况、共同生活的紧密程度、近亲属对死者的经济依赖程度及近亲属现实生活的困难程度等情况综合考虑，原告及四被告对一次性救济费34920元的分割，原告所占的比例以40%为宜，即原告应得13968元。案件判决后，承办法官并没有一判了之，而是继续做双方的调解工作，摆事实、讲道理，消除双方的怨气，最终让原、被告双方达成了和解协议，原告自愿放弃强制执行，母子解开心结，重续亲情。

图①：法官搭建简易审判庭。

图②：法官当庭宣判并征求当事人是否上诉。

图③：当事人签订和解协议。

图④：四被告当场履行和解协议。

福建省宁德市福鼎市人民法院：判前“察”判中“活”判后“导”，福建福鼎市人民法院——“家事法庭”：“三部曲”善断家务事

2013年11月12日 中国妇女报 吴军华



福鼎市人民法院婚姻家庭审判庭法官在婚姻调解室调解案件。

“谢谢彭法官，是你们挽救了我们的家庭！”日前，在福建省宁德市福鼎市人民法院，一男子紧握法官彭莉莉的手哽咽地说道。而在他身旁的女子，早已泣不成声。

原来，这对结婚十多年的夫妻，因丈夫婚外情，妻子向法院提出离婚申请。在彭莉莉苦口婆心的规劝下，男子当庭写下保证书，希望得到妻子原谅。最终，法官的劝说使得对丈夫尚有感情的妻子答应再给其一次机会。

而这，只是福鼎市人民法院婚姻家庭审判庭审理的众多案件的一个缩影。

独立机构 “专断” 纠结家事

都说“清官难断家务事”，但在福建福鼎市人民法院，却专门成立了一个评判“家务事”的法庭——婚姻家庭审判庭。

位于福鼎市人民法院二楼的婚姻家庭审判庭调解室，以粉红色为主色调的房内，悬挂着中国结等小饰品，温馨的布置让人有一种家的感觉；房间正中则是一张造型呈三颗连心的“谈判桌”，代表了夫妻双方和孩子，象征着一个完整的家庭……

“婚姻家庭审判庭设立调解室，就是希望通过营造一个温馨的氛围，让当事人有家的感觉，用温情去化解双方矛盾。”福鼎市人民法院首任婚姻家庭审判庭庭长陈秋媚说。

受机构设置影响，过去，福鼎市人民法院妇女儿童权益保护工作散落在各个法庭，存在归口管理难、司法尺度统一难等问题。

为探索维护妇女儿童权益新途径，妥善处理家务事，在宁德市妇联的积极推动下，福鼎市人民法院总结家事案件特点，在原有“维护妇女儿童合法权益合议庭”的基础上，于去年6月在全省率先成立首个婚姻家庭审判庭，作为审理涉及妇女、未成年人权益的一审刑事案件以及其他涉及妇女、未成年人权益的一审民事案件的专门维权法庭。

在审理过程中，婚姻家庭审判庭的法官们本着“帮人要帮心，帮心要知心，知心要诚心”的原则，积极做好原、被告双方的调解工作，切实有效地化解矛盾，促成一个个家庭重归和睦。成立至今，婚姻家庭审判庭共审结婚姻家庭案件近千件，其中调解、撤诉580多件，调撤率达60%左右，真正实现了从“案结了事”到“事了人和”的转变。

据了解，福鼎市人民法院还把婚姻家庭审判与少年审判进行有机结合，吸纳15名高素质的妇联干部、教育工作者为人民陪审员，在案件审理中对未成年人及离婚案件中涉及的未成年孩子进行心理疏导，预防和减少未成年人犯罪。

宁德市妇联主席陈美莺告诉记者，该婚姻家庭审判庭成立一年多来，在归口管理、司法尺度统一等方面取得了突破，更好地维护了妇女儿童的合法权益。

温情调解 “缝合” 破碎家庭

“多数人认为法官总是扮演着一个冰冷的审判者角色，但实际上在处理婚姻家庭案件的过程中，我们更注重用温情去化解双方矛盾，引导原、被告双方站在对方的角度来处理问题，做到‘和也温馨，离也温馨’。”陈秋媚对于婚姻家庭案件有着自己的理解。对此，陈秋媚承办的一起案件的当事人张女士感同身受。

张女士与丈夫林先生结婚后生育一子。近几年，林先生染上了吸毒的恶习，张女士多次好言相劝，可丈夫依然故我，甚至对张女士暴力相向。百般无奈之下，张女士向法院提出离婚申请。

开庭当天，林先生并未到庭。在庭上，张女士语气中虽然充满对丈夫的指责，但法官们隐约感觉到她和丈夫还是有一定感情基础。如何打开心结？陈秋媚决定延期宣判并听听男方的想法。

陈秋媚联系上林先生进行了一番坦诚地交谈，林先生表态，对张女士还是有很深的感情，并且已经认识到自己之前的错误，希望法庭能帮忙说服张女士撤回起诉。

陈秋媚决定用亲情唤回夫妻俩疏远的感情。于是，她在宣判前对夫妻俩进行最后一次调解，规劝他们要珍惜幸福家庭生活，特别强调一个完整家庭对于孩子健康快乐成长的重要性……一席话让林先生声泪俱下，当庭下跪忏悔。

悔自己所犯的过错,请求张女士再原谅自己一次。见此情形,陈秋媚和书记员悄然回避,给双方一个独立的空间。张女士终于答应再给林先生一次机会,而林先生也当庭写下了保证书,表示今后一定改过自新,善待张女士和孩子。

据了解,在这个调解室中,已有120多对夫妻被温情的氛围和法官语重心长的态度唤起了对以往的美好回忆,从而破镜重圆。

“三部曲”不是审判胜过审判

“家事”案件虽然是传统的民事案件,但明显不同于一般纠纷案件,它具有较大的隐蔽性、私密性,处理起来难度大,要真正做到“案结、事了、人和”,其实难度更大。

采访中记者了解到,一个案件也许只需要几个小时就能做出关乎当事人一生的判决,但福鼎市法院婚姻家庭审判庭法官不简单以权威性裁判来“分清是非”,而是将弥合感情和消除对立作为纠纷处理的出发点和落脚点。这就需要办案人员做大量的调查和调解工作,针对不同的人和不同的案件,做出各具特色的调解方式。

“作为主要处理婚姻生活案件的法庭,我们把更多的精力放在‘下堂听案’而不是‘坐堂办案’,而面对面送达给了我们一个接触当事人的好机会。虽然面对面送达比邮寄费时费力,但能方便我们第一时间接触到被告,了解到第一手的材料。”陈秋媚说。

判前“察”,判“活”,判后“导”,福鼎市法院的法官们给婚姻家庭审判工作注入了新的活力,即在审理过程中分为庭前、庭中、庭后“三部曲”。开庭前约齐双方当事人面对面坐下来,耐心观察,努力化解双方思想“疙瘩”;庭中通过法庭调查、法庭辩论,审判法官找准矛盾焦点,活络调解,努力促使双方当事人对争议焦点达成一致;休庭后及时开展“背对背”倾心疏导,给当事人留出一定的考虑、缓冲和思想转变时间,促使案件得以圆满解决。

“通过我们的温情攻势,不少关系紧张的夫妻重归于好,这样的调解,虽不是审判却胜过审判。”陈秋媚说,让婚姻家庭审判庭法官们感到最自豪的是,看到一对夫妻哭哭啼啼地来,高高兴兴地走。(林笑笑 本报记者 吴军华)

建专业化审理制度搭设家庭纠纷综合解决平台 深圳全面推行家事审判改革

2013年11月13日 法制日报政法·司法 记者 游春亮 通讯员 王芳

《法制日报》记者从广东省深圳市两级法院家事案件审判方式改革工作会上获悉,深圳法院近年年均受理五六千件一审家事案件,其中2011年6010件,2012年5636件,今年1月至10月达5647件,总体上超过传统民事案件的30%,案件数一直处于高位运行态势。

面对这些社情民情的新变化,沿袭传统纠纷解决模式,难以应对日益复杂的家事纠纷,只有通过改革寻求有效化解矛盾方式。

据了解,早在2012年年初,深圳宝安区人民法院就首开先河着力于创新家事案件审判方式改革。2012年9月,深圳市中级人民法院将创新家事案件审判方式改革作为重大改革创新项目之一,并将宝安区法院列为全市法院家事审判改革试点单位。广东省更是将宝安区法院此项改革列为2013年“法治惠民工程”重点项目。

宝安区法院通过设立家事案件专门受理窗口、推行调解前置程序等方式,开辟家事案件立案流转绿色通道;通过制定符合家事案件特点的举证、质证规则,强化法院调查取证职责,使调解贯穿于家事纠纷案件处理过程始终,形成“劝、批、谈、教”调解新模式,建立完善的人身安全保护、财产申报、家事调解员、家事调查员、离婚证明书、心理疏导、跟踪回访帮抚等制度,探索建立一套符合家事案件审判规律的工作机制。

同时,宝安区法院推动建立一套行政与司法相互衔接的家事纠纷综合协调解决机制,解决影响家庭关系和谐稳定的根本性、源头性和基础性问题。包括与妇联、团委、工会、居委会等合作,建立纠纷前置司法解决机制;与公安、司法、妇联等合作,建立案件审理过程中协作、配合机制;与妇联、民政、社工、义工组织等合作,建立心理疏导、诉后跟踪、回访及帮抚机制;与公安、民政、基层群团组织等合作,建立家庭危机援助机制。

此外,为适应家事案件的特点,确保家事审判团队的适岗性,宝安区法院专门举办家事案件审判业务培训班,对从事家事审判的法官、助理及其他工作人员进行系统培训,努力打造一支具有社会公信力的家事审判队伍。

据了解,宝安区法院开展家事审判方式改革以来,受理家事案件3067件,结案2761件,结案率90.02%,其中撤诉518件,调解1510件,调撤率66.12%。

深圳中院在宝安区法院试点基础上,制定《深圳法院家事审判工作规程》等一系列制度规范,基本形成较为全面、系统、协调、创新的家事案件审判方式改革规划:以探索建立一套集治疗、矫正、服务功能为一体的家事案件审判工作机制,推动建立一套行政与司法相互衔接支持的家庭危机援助体系为方向,建立专业化审理制度,完善人身安全保护机制,建立家事案件财产申报制度,改革家事案件法律文书,搭建家庭纠纷综合解决平台,加强儿童权益保护制度。

高额彩礼成农村离婚加剧诱因

2013年11月07日 法制日报——法制网 记者 赵志锋 通讯员 管楠

甘肃省泾川县人民法院玉都法庭最新一项调查显示,玉都法庭近5年审理离婚案件分别为56件、79件、80件、87件、112件,分别占当年审结案件总数的65%、80%、81%、82%、和83%。其中,农村娶媳妇的高额彩礼,成为离

婚纠纷案件逐年上升的一大诱因。

周先生和王女士经人介绍相识后于今年订婚,介绍人收取周先生家彩礼 11.8 万元。11.8 万元对于甘肃农村家庭而言,无疑是一笔巨款。周先生为了凑齐这笔彩礼,共举外债 8 万元,这为双方的婚姻生活埋下不稳定因素。

事实上,订婚期间,双方就因购买结婚物品及男方家境困难发生过矛盾,在双方家长劝说下,两人最终还是结了婚。然而这段婚姻仅维持两个多月,周先生就将王女士告到玉都法庭,要求判决离婚,并返还 11.8 万元彩礼。

法庭调解期间,原、被告及第三人各持己见,致调解未达成协议,法庭最终判决原、被告离婚。

“用大半辈子积蓄为孩子娶上媳妇,却欠了一屁股外债,高额彩礼已成为阻碍农村婚姻的一大绊脚石。应该积极推动婚姻家庭观念的转变。”玉都法庭庭长刘智轩表示,一方面,女方父母以嫁女为名索要彩礼数额逐年提高导致男方无力承担,因而四处借贷,婚后女方感觉男方家庭条件太差,常为生活琐事发生纠纷,进而扩大矛盾;另一方面,男方父母想着养儿防老,女方父母想着嫁女能得到巨额彩礼,均不顾儿女是否有心仪的对象,仍沿袭陈旧俗礼,未经了解就草率成婚。

刘智轩说,玉都法庭对婚姻家庭类案件加大巡回法庭的开庭次数,争取做到解决一案,教育一片。同时在案件受理和审理过程中,做好当事人及亲友的工作,讲述陈旧俗礼对婚姻家庭的不利之处,使群众自觉摒弃早已不合时宜的婚姻家庭观念。

甘肃勇盛律师事务所律师刘斌民认为,彩礼的给付是一种附条件赠予行为。实践中,男方迫于民俗和习惯,给付彩礼可能不是出于完全自愿,但在女方自己主张彩礼或者同意亲属主张彩礼的情况下,给付彩礼并不违反法律强制性规定。

“当然,不排除部分女方的亲属在完全违背女方意愿情况下,以向男方主张高额彩礼为同意结婚的条件,不给付彩礼就不同意结婚要挟强索彩礼,这种情况下,女方的亲属可能因为违反婚姻法的规定而涉嫌违法。”刘斌民说。法

宁夏高院联合公检妇共治家庭暴力

2013 年 11 月 11 日 法治新报 张怀民

“家庭暴力告诫书”可作为认定实施家庭暴力的证据,在刑事案件中可作为量刑的酌定从重情节。11 月 8 日记者从宁夏回族自治区高级人民法院了解到,自治区高院与自治区检察院、公安厅、妇联联合出台的《宁夏回族自治区家庭暴力告诫制度实施办法(试行)》,成为继自治区高院出台《关于加强家庭暴力受害妇女的司法保护指导意见》后,又一防止家庭暴力、维护社会和谐稳定的重要举措。

《宁夏回族自治区家庭暴力告诫制度实施办法(试行)》规定,“告诫”是由公安机关对违反法律、法规的轻微家庭暴力行为或不宜直接作出行政处罚的家庭暴力行为,督促加害人改正而作出的行政指导;“告诫”由事件发生地公安派出所作出决定并组织实施,实施过程中可邀请当地妇联和村、居委会参加;检察院对公安机关提请逮捕或移送审查起诉的家庭暴力刑事案件应及时审查,依法办理;人民法院应严格按照《关于加强家庭暴力受害妇女的司法保护指导意见》相关要求,依法及时受理和审理涉及家庭暴力的民事、刑事案件,对公安机关作出的“家庭暴力告诫书”可作为认定实施家庭暴力的证据,在刑事案件中可作为量刑的酌定从重情节;妇联在积极配合公安机关做好家庭暴力投诉的咨询、调解、处理工作的同时,应及时对受害人提供法律帮助和心理辅导,并开展跟踪回访督促加害人及时纠正违法行为。

《实施办法》还要求,处理涉及家庭暴力事件的有关单位和人员,对获取的公民个人隐私负有保密义务;对同居关系或曾经有过配偶关系者之间的暴力侵害行为,可参照该办法处理。

江苏省淮安市中级人民法院:虽尽审查义务 却未查清事实 民政局颁发离婚证行政行为违法

2013 年 11 月 14 日 人民法院报 徐庆余

近日,江苏省淮安市中级人民法院对一起申请撤销因第三人隐瞒真相而作出的离婚登记行政诉讼案,依法作出终审判决:确认淮安市民政局颁发离婚证行为违法。

淮安市淮安区仇桥镇苏庄村村民苏亚平与邻村村民姜全山于 2004 年 9 月 16 日生下一女,2004 年 9 月 20 日登记结婚。婚后苏亚平曾于 2009 年 3 月在淮安市新安医院精神科住院治疗,出院诊断为精神分裂症(偏执型)。2011 年 6 月 20 日,苏亚平与姜全山在淮安区民政局婚姻登记处申请办理离婚登记,并提交户口簿、身份证、结婚证、双方共同签署的离婚协议书、离婚登记告知单等资料,淮安区民政局受理了该离婚登记申请,并向苏亚平和姜全山颁发了离婚证。2012 年 7 月 15 日,苏亚平被发现在扬州死亡。

2012 年 12 月,苏亚平的父亲苏寿春和母亲杜二华向淮安市淮安区人民法院提起行政诉讼,请求撤销被告淮安区民政局为苏亚平与第三人姜全山颁发的离婚证。

淮安区人民法院一审认为,淮安区民政局在办理苏亚平与第三人姜全山的离婚登记过程中,审查了其必须提供的所有证明材料,并要求双方签字确认了离婚登记告知单,履行了办理离婚登记所应当履行的注意义务,遂判决驳回苏寿春、杜二华的诉讼请求。

苏寿春、杜二华不服一审判决,向淮安市中级人民法院提起上诉。淮安市中级人民法院经审理认为,本案争议焦点是被上诉人在离婚登记中是否尽到审查义务,离婚登记行为是否合法。关于被上诉人是否尽到审查义务的问题。被上诉人对材料的真实性、合法性进行了审查,且向离婚双方当事人发放了离婚登记告知单,由双方当事人

人当场签字确认，其履行了法定的审查义务。但尽到审查义务，并不意味着其办理婚姻登记的结果必然正确，由于离婚登记系依申请而作出的行政行为，其结果的正确性还取决于当事人申请离婚时的精神状况是否正常和提供材料是否真实有效等因素影响。

关于离婚登记的合法性问题。原审第三人姜全山与苏亚平本人均在离婚登记告知单上签字确认，应当对离婚登记告知单中告知的情形明确知晓，而离婚登记告知单中载明离婚登记的条件之一为“无智力障碍和精神障碍”。姜全山在明知苏亚平存在精神障碍的情况下与苏亚平协议离婚，并且在申请离婚登记过程中未将真实情况告知婚姻登记部门，存在隐瞒事实真相、弄虚作假的情形，而由于其刻意隐瞒苏亚平存在精神障碍的客观事实，直接导致婚姻登记部门为其办理了离婚登记。虽然被上诉人在办理离婚登记过程中本身不存在违法行为，其依法审查并履行了法定的注意义务，但由于原审第三人隐瞒事实真相导致被上诉人作出的行政行为认定事实不清、证据不足，行政行为违法。鉴于离婚一方当事人苏亚平已经死亡，该离婚登记已不具有可撤销内容，法院对离婚登记的违法性予以确认，遂作出上述判决。

赣州石城县人民法院：丈夫双 11 打开妻子网银输错 3 次密码 对方提高离婚

2013 年 11 月 14 日 [中国新闻网](#) 毛凯欢、记者 徐明

【原标题】丈夫双 11 打开妻子网银输错 3 次密码对方提高离婚

11 月 11 日，赣州石城县新结婚的男子小李，为避免妻子在“双 11”乱花钱，参照网上的“预防技巧”，悄悄把妻子网上银行的支付口令修改了，妻子小王一怒提出离婚，所幸法官耐心做工作，最终小两口重归于好。

为了避免妻子在“双 11”乱花钱，年初刚结婚的石城县男子小李参照网上的一些“预防技巧”，一大早就悄悄将妻子网上银行的支付口令修改了。不料，小李这一行为被妻子识破，而且被认为是“对老婆太小气”。互相之间的埋怨很快引发成争吵，盛怒之下的妻子放出“狠招”一离婚！而因这句话被激怒的小李立即回应，离就离！

当天下午，他们一起来到石城县人民法院小松法庭准备离婚。“平时我也不怎么花钱，这不是打折吗？我花点钱他就心疼成这样，还骗我，错了还不认错。我要离婚！”妻子一到法庭就向法官投诉。针对妻子的投诉，小李也有怨气，他向法官表示，“我也不是心疼钱，她买的很多东西都是平时用不上的，而且看她这几天收藏这个，收藏那个，有点担心她收不住，多大个事情，就说离婚，当我怕她啊？”

看出这小两口不是真心想离婚，法官耐心做起了双方的思想工作，可性格执拗的小两口谁也不肯先松口。僵持了一个多小时之后，一名年轻法官说道：“今天是光棍节，很多人都在为了‘脱光’而努力，你们却要在今天闹离婚，这是要‘拉仇恨’吗？”诙谐的网络语言一下子让小李夫妻笑出声来。

法官们趁热打铁，半个小时下来终于劝和了小李夫妻。小李和妻子约定，东西可以买，但是商量着来，省下的钱当作旅游基金，攒起来以后旅游用。

7 旬翁娶 30 多岁妻被子女强迫离婚 当庭撤回起诉

2013 年 11 月 14 日 [浙江在线](#) 编辑 盛岚

七旬老汉与年仅 30 多岁的女子结婚，因遭到子女强烈反对，被迫诉至通州法院请求离婚。但日前庭审过程中，老汉却表示与妻子感情深厚，当庭撤回起诉。

因早年丧偶且子女都已成家，王某独居在通州某宅院内。在京务工供养两子女在老家上学的离异女子孙某，承租下王某院内的一间房屋。后王某中风卧床，孙某悉心照料，在感激的同时，王某也对孙某产生好感，两人遂领取了结婚证。

庭审当日，陪王某前来的四个子女情绪激动，纷纷向法官表明希望父亲与孙某离婚，但孙某却表示与王某感情很深，不同意离婚，王某也称，“婚后她一直尽心照料我，我们的感情并未破裂。”经法庭询问，王某明确表示，离婚并非本人意愿，是在四个子女强烈要求下的无奈选择。随后，王某当庭撤回离婚诉求，法庭给予支持。

庭后，经法官与王某子女沟通，他们最终表示，会尊重父亲的选择。

三亚：新婚妻子患卵巢癌 丈夫为传宗接代诉讼离婚

2013 年 11 月 15 日 [南海网](#) 刘丽萍



卧床不起的林康丽 三亚新闻网记者 刘丽萍 摄

林康丽发病前照片(三亚新闻网记者 刘丽萍 翻拍)

南海网三亚 11 月 15 日消息(三亚新闻网记者 刘丽萍)近日，三亚市城郊人民法院开庭审理了一起离婚案件。审判庭内，符某东低头坐在原告席上，他对面的被告席上坐着脸色憔悴的老丈人林先生，林先生是受女儿林康丽(化名)的委托出席庭审，女儿因患卵巢癌在医院做化疗无法前来。

11 月 15 日，身心疲惫的林先生告诉南海网记者：“女儿的命太苦了，自从患上病后，丈夫没有体贴和照顾，只是想方设法抛弃她……”



婚后做的第一次检查诊断为“多发性巧克力囊肿？囊肿瘤？”(三亚新闻网记者 刘丽萍 摄)

亲戚“搭桥牵线”小恋人变夫妻 新婚妻子突患病

2011 年年初，28 岁的林康丽在姑姑的介绍下，与比自己大三岁的符某东相识，因性格谈得来，两人很快就确定了恋爱关系。双方交往一年多，感情很稳定，经家人同意，两人于 2012 年 2 月 1 日在三亚市民政局登记结婚。

2 月 7 日，登记结婚一个星期左右，林康丽突然感觉腹部胀痛不已，于是在家人的陪同下到三亚市妇幼保健院进行妇科常规体检，经 B 超检查发现林康丽左侧附件区有囊性包块，怀疑患有“多发性巧克力囊肿？囊肿瘤？”。

林康丽的父亲林先生告诉记者，回家后他立即将检查结果告知作为女婿符某东，2 月 13 日，符某东和他一起送林康丽到广州南方医科大学珠江医院就诊，珠江医院以“卵巢肿瘤？”性质待查收住院，并决定手术切除“卵巢肿瘤？”并做活检。切除的“卵巢肿瘤？”经病理活检，在用术后第五天出结果，查出有癌细胞。

“独苗”丈夫为传宗接代起诉离婚 并告女方婚前隐瞒病情

出院后，医院建议林康丽定期回医院就诊做化疗，2012 年 3 月 5 日至 5 月 24 日，林康丽到珠江医院化疗四次，病情得到控制。双方还过起了正常的夫妻生活，并在同年 12 月 26 日，经检查确定已经怀孕。但意料不到的事情发生了，2013 年 6 月 19 日，林康丽癌细胞复发胎儿难保，最终于 6 月 24 日做了引产手术。

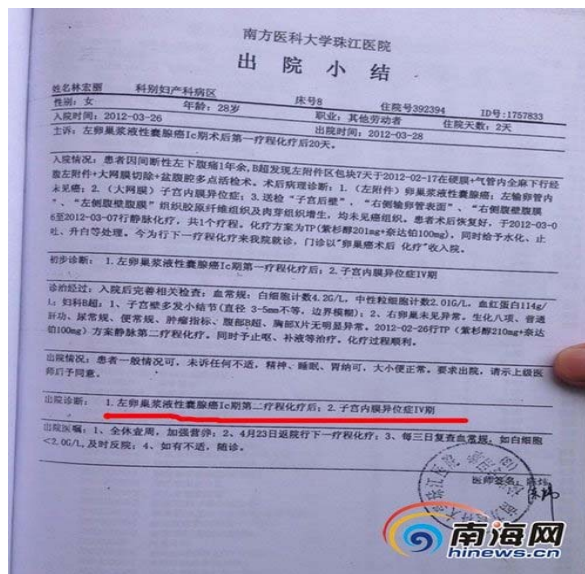
检查结果犹如晴空霹雳“砸”在家人心口上，也让“独苗”丈夫绝望了。7月5日晚上，丈夫符某东及家人将刚出院的林康丽赶出家门，并当场提出“离婚”，为了坐好月子，林康丽没能回到远在数十公里外的娘家，就近租宾馆住下了。

坐完月子后，林康丽回到医院继续治疗。期间，丈夫及夫家人都没有来医院探望，也没有支付一分钱医疗费。更让林康丽寒心的是，8月7日，丈夫到三亚市城郊人民法院起诉她家人，9月17日，三亚市城郊人民法院审理了该起离婚案件，目前还未出判决结果。

符某东在起诉书中说，妻子家人婚前故意隐瞒了病情，“癌症是有潜伏期的，她们家人不告诉我，就让我和她结婚，结婚没半年就查出癌症，这是有预谋的”。

符某东的姐姐此前在接受媒体采访时透露，弟弟是家里的独苗，爸爸过世了，只有70多岁的老母亲还健在，弟弟必须要传宗接代，让母亲早日抱上孙子。

但林先生很无辜的说：“女儿从小身体很健康，我们家无需隐患病情，从所有的住院病历也能看到，女儿是在婚后才查出癌症的，如果以前知道得病，早就去医院治疗了，何必要等到晚期呢，现在治疗的几十万元也都是我们家出的。”



之后才被诊断为有癌细胞(三亚新闻网记者 刘丽萍 摄)

市民看法不一：夫妻之间需要理解和包容

11月15日，南海网记者在三亚市海棠湾镇林旺安置区见到了林康丽，身体干枯、面色惨白，她已经失去了意识，目光涣散地盯着天花板，任凭母亲在一旁哭诉，她都无动于衷。拿着两年前的照片一对比，简直判若两人。

姐姐林宏娜告诉记者，康丽以前有130斤，现在估计只有60斤，经常化疗头发也掉了、身体更加虚弱了，半个月前还能下床走路，突然就卧床不起、失去意识，已经一个星期没有进食了，只能隔两天让医生来打一次营养针。

因为妻子突患卵巢癌，“独苗”丈夫为传宗接代起诉离婚，到底是该离还是不能离？随后，记者就此事采访多个市民，大家的看法不一。市民万先生表示，夫妻之间应该需要理解和包容，要同甘共苦、共患难，遇到问题应该一起承担，不能躲避。

市民朱女士也提出的自己的看法，当事人家里是独子，需要传承香火，确实也需要理解，但也可以陪女方走完最后一程，再去寻找新的婚姻。

德州：遭家暴女子起诉离婚 临近开庭母亲希望撤诉

2013年11月11日 齐鲁晚报 责任编辑：殷会丽

案件马上要开庭了，田女士此次前来则是希望撤诉并咨询撤诉条件。听到代理人梁女士的介绍后，田女士终于明白了，女儿的离婚官司需要女儿去人民法院提出撤诉申请，经法院裁定后就可以撤诉了。

11月8日下午，山东省德州市宁津县保店法律服务所迎来了一位特殊的服务对象——现年60岁的田女士。原来，田女士的女儿要离婚，并上诉法庭立了案。案件马上要开庭了，田女士此次前来则是希望撤诉并咨询撤诉条件。

来到所里，田女士就赶紧向工作人员梁女士询问撤诉需要的条件。

田女士的女儿小丽（化名）今年34岁，是宁津县城区人。小丽2003年和邻村的小周结婚，第二年生下女儿彤彤。平日里，小周在城区的一家企业开车，小丽在家照看孩子，空闲时间也出去打点零工，日子过得也算幸福美满。

可美中不足的是，小周特别爱喝酒，喝酒之后还爱冲着媳妇小丽发脾气，轻则骂骂咧咧，重则拳打脚踢。今年10月18日，小丽一纸诉状将丈夫小周告上法庭，并且在天津保店法律服务所聘请了法律工作者梁女士作为诉讼代理人，诉称丈夫小周有家庭暴力，要求和小周离婚。

梁女士接手此案后，把小丽两口子都叫到法律服务所，一面做小丽的工作，一面和当事人小周进行沟通。

代理人认为，小丽两口子的矛盾并不是无缓和余地。但小丽平日里受的委屈多，显然还在气头上，坚持要和小周离婚。

丈夫小周在梁女士的说服教育下，也认识到自己打老婆的行为是犯法的，并且当场写下保证书，保证以后不管发生什么事都不再动手打她了。但最后，案件还是依照当事人小丽的要求立案了。

没想到这距离开庭还有两三天，小丽突然决定撤诉。她母亲田女士今天来就是想咨询一下离婚诉讼如何撤诉。代理人梁女士介绍：撤诉是原告自立案到判决或裁定前的诉讼过程中，主动撤回诉讼请求、申请人民法院终止诉讼程序的活动，是原告对其处分诉讼请求的程序权利的活动。申请撤诉是法律赋予原告的诉讼权利，但原告申请撤诉，必须经人民法院裁定准许才能最终实现。这是因为人民法院需要审查原告的申请撤诉是不是真的出于自愿，是否屈服于外在压力，以及撤诉会不会对公共利益或他人权益产生不利影响。如果原告或者上诉人申请撤诉，人民法院裁定不予准许的，原告或者上诉人经合法传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可而中途退庭的，人民法院可以缺席判决。人民法院准许或者不准许撤诉以裁定的方式作出，并且不能上诉。

申请撤诉必须符合下列条件，人民法院才能批准：

(1) 申请人必须是原告、上诉人及其法定代理人，以及原告特别授权的诉讼代理人。有独立请求权的第三人，参加诉讼后处于同原告相同地位，也可申请撤诉，但他的撤诉并不影响原告和被告之间诉讼的正常进行。

(2) 撤诉必须是原告自愿。

(3) 撤诉必须合法。一是有权申请者；二是宣判之前提出；三是实体上不得有规避法律行为，不能违反现行法律、法规和政策的规定，不得有损于国家、集体和他人的利益。

(4) 必须撤销全部诉讼请求。

(5) 必须在法院宣判之前提出。

(6) 必须经人民法院作出裁定。

听到代理人梁女士的介绍后，田女士终于明白了，女儿的离婚官司需要女儿去人民法院提出撤诉申请，经法院裁定后就可以撤诉了。

用心探寻"老赖"症结 顺利执结涉家暴离婚案

2013-11-15 中国法院网 潘显杰 韦益情

近日，广西南宁市江南区人民法院巧妙执结了一起涉及妇女合法权益及老年人生存权益的案件，真正实现了案结、事了、人和，广西南宁市江南区检察院民刑科的相关工作人员全程监督了该案的协调过程。经受了疾病和家暴的申请人陆晶终于得到了精神抚慰金和离婚补偿款，维护了自身的合法权益。

1991年，将近40岁的陆晶与将近50岁的黄梁经人介绍结婚，虽然均系再婚且各有子女，但结婚之初双方感情一直较好。然而好景不长，1998年陆晶突然患上了左眼视网膜脱离症，虽经手术治疗但造成了左眼失明终身残疾。祸不单行的是，两年后陆晶再次被确诊为慢性肾衰竭疾病。都说大难临头各自飞，黄梁在这个时候提出了离婚，陆晶死活不肯。黄梁便经常无故挑起矛盾，经常对陆晶进行辱骂、殴打，经妇联、居委会、派出所多次调解后仍然恶性不改。2012年底，陆晶向法院提起了离婚诉讼，要求法院判决结束两人22年的婚姻并分割共有的房产，还要求黄梁赔偿因对其实施家庭暴力导致其精神损害的赔偿金3万元。法院终审判决支持了陆晶的诉讼请求，判决两人离婚，共有的面积52平米的房产归黄梁所有，由黄梁补偿陆晶9万元房款。此外，由于黄梁在婚姻关系存续期间对陆晶实施了家庭暴力，结合具体情节及给陆晶造成的损害后果，法院酌情支持了“家暴”精神损害赔偿金2000元。

然而判决生效后，黄梁并未在法定期限内按生效法律文书履行义务，经陆晶申请，法院受理了该起执行案件。由于双方都是年过六旬的老人，法院没有立即采取强制措施，而是首先传唤双方当事人进行协调。协调初期，陆晶强烈反对黄梁提出的分期还款计划，坚持要求法院拍卖判归黄梁所有的房产。法院执行干警经充分调查了黄梁的财产情况后，认为黄梁确无一次性履行的经济能力，这间仅52平米的房子是黄梁的唯一住房，如采取拍卖措施，黄某可能会面临露宿街头、老无所依的困境。

为了切实保障申请执行人的合法权益，又兼顾维护老人的生存权利，执行法官积极与黄梁的亲属取得联系，经多次动员，黄梁的亲属表示愿意替其履行生效法律文书所确定的义务，但要求陆晶与黄梁共同偿还在婚姻存续期间尚欠他们的借款。而陆晶对于黄梁对其实施家庭暴力一事仍耿耿于怀，对黄梁亲属提出的建议一直未予松口。执行法官再次组织双方到法院进行协商，为双方当事人搭建沟通的平台，在这些协调会上，黄梁对多年来实施的“家暴”行为作了检讨，陆晶的态度也有了缓和，终于点头同意分担夫妻债务。当天，黄梁在亲属的帮助下，一次性向陆晶支付了“家暴”赔偿金及房屋补偿款，双方握手言和。

男子婚后难忍妻子家暴诉离婚

2013-11-14 新浪市场星报 程磊 王鹏 记者 马冰璐

三年来，全合肥市法院仅发出4张“人身安全保护令”

“家暴”克星“人身安全保护令”为何申请者极少？

全国妇联最新一项抽样调查表明，在被调查的公众中，有16%的女性承认被配偶打过，14.4%的男性承认打自己的配偶。每年约40万个解体的家庭中，25%缘于家庭暴力。特别是在离异者中，暴力事件比例则高达47.1%。据统计，目前，全国2.7亿个家庭中；遭受过家庭暴力的妇女高达30%，而老人，儿童和男性的比例也有所上升。

为了保护家暴受害者，2010年9月起，我省在部分基层法院试点“人身安全保护令”，妇女遭遇家庭暴力，可向法院申请人身安全保护裁定，但记者在采访中获悉，目前在合肥，“人身安全保护令”的咨询者众，但申办者少，庐阳区法院自从2010年12月发出首张“人身安全保护令”后，至今近三年时间过去了，再未发出一张保护令。

案例

目前，合肥各大法院受理的离婚案件中，有不少离婚案与家庭暴力有关，受害者除了为常见的女性外，也有男性受害者，施暴的方式既有殴打等暴力行为，还有冷淡、轻视、漠不关心等“冷暴力”行为。

打了50年老婆，老翁锒铛入狱

年过七十的肥西老翁余某和老伴共同生活了50年，“大男子主义”思想严重的他对老伴不仅毫无尊重，还常常施以暴力。由于“疑心病”比较重，他一直怀疑老伴有“外遇”，并经常毒打老伴。

他的家暴行为持续了50年，善良柔弱的老伴选择了宽容，她以为，随着年龄的增长，余某便会“住手”，可谁知他却变本加厉。

两年多前的一天，余某再一次因琐事动起了手，持铁锹追打老伴，并致其骨折、皮肤裂伤，经鉴定构成轻伤。这一次，他的家暴行为并未像往常一样被掩盖，而是受到了法律的制裁。余某被抓归案后，子女们纷纷表示，父亲一向暴戾，多年来，经常打骂母亲。最终，余某因故意伤害罪被判处有期徒刑一年。

遭“河东狮”暴打，男子伤痕累累

合肥的胡先生与妻子通过网络结识，谈了一场时髦的网恋，并在半年后“闪婚”。可婚姻仅仅持续了1年多，便因妻子的家暴行为面临危机。

新婚不久，因为言语不和，妻子便露出暴力本性，在家里一番摔、砸。面对与恋爱时判若两人的妻子，他感到十分震惊，因为爱情，他选择了忍让。

可渐渐地，妻子暴戾的脾气丝毫没有改变，反而愈演愈烈，只要有一点点不顺心，便会摔东西、打人，而他也沦为家暴受害者。为了摆脱这样的生活，他提起了离婚诉讼，为了证明自己遭遇家暴，他还向法院提交了一些自己受伤的照片，照片显示，他全身上下遍布抓痕、咬痕，可谓伤痕累累。

20年夫妻情，“冷暴力”寒了她的心

20年前，刘女士经人介绍认识了周先生，相处过程中，周先生一直对她不冷不热，她起初没在意。一年多以后，两人走进了婚姻的殿堂，本以为随着婚后的相处，两人的感情会越来越好，可很快，她发现，丈夫仍对她很冷淡。

她曾多次就此事与丈夫沟通，但收效甚微，在努力和尝试中，这段婚姻“平安无事”地走过了20年，他们的孩子也考上了大学。20年时间过去了，丈夫对她的态度仍然冷淡。

无奈之下，刘女士萌生了离婚的念头，并起诉至法院。在她看来，20年的“冷暴力”让她彻底寒了心，希望尽快得到“解脱”。

尴尬

首发“人身安全保护令”后，三年未“开单”

为了有效地保护家暴受害者，2010年9月起，我省在部分基层法院试点“人身安全保护令”，妇女遭遇家庭暴力，可向法院申请人身安全保护裁定(即为俗称的“人身安全保护令”)。2010年12月，作为“人身安全保护令”试点的基层法院，合肥市庐阳区法院发出了合肥市首张“人身安全保护令”。

当年11月，合肥市民王梅(化名)因难以忍受丈夫多年以来对自己和子女的家暴行为，向法院提起离婚诉讼。在诉状中，她诉称，丈夫刘伟(化名)有酗酒、赌博等恶习，两人经常为一些琐事吵架，如果她说话稍有不慎，便会招来打骂，当年11月，丈夫连续两晚酗酒后无故打骂她，导致她多处软组织受伤。

起诉离婚期间，因担心刘伟继续对她和家人进行威胁，遂向庐阳区法院申请“人身安全保护令”。当年12月9日，该院向刘伟发出了合肥市首张“人身安全保护令”裁定书。该裁定书明确规定，禁止他殴打、威胁王梅及其子女亲友，禁止他骚扰、跟踪王梅或可能受到伤害的子女亲友。

“人身安全保护令”对刘伟起到了很大的震慑和教育作用，最终，在离婚案开庭前夕，在承办法官刘晓莉的调解下，王梅和刘伟和好。据了解，如今刘伟已不再对妻子实施家暴，两人生活平静幸福。

让人意外的是，此后的近三年时间里，该院再未发出“人身安全保护令”。如今已是该院反家暴合议庭法官的刘晓莉说，虽然前来咨询“人身安全保护令”相关事宜的人很多，但真正的申办者却几乎没有。

据合肥市中院的数据显示，自2010年9月试点“人身安全保护令”以来，全市法院仅发出4张“人身安全保护令”。

思考

三大因素导致申办者少

刘晓莉法官认为，“人身安全保护令”申请者少主要是三大因素导致，“不少当事人观念保守，认为家暴行为是家庭内部矛盾，不愿‘家丑外扬’；此外，虽然时代进步了，但不少人还是存在‘不愿打官司’的传统心理，他们怕麻烦，担心把事情闹大。”

除此之外，刘法官说，还有最重要的一点就是取证难，“家暴行为一般发生在家庭内部，如果不造成严重后果或影响，一般不会被外人所知，而受害者也很难会想起保留、收集证据。”

“很多人认为取证很复杂、麻烦，但其实，一般情况下，只要申请人能提供医院的验伤证明(病历)、家人或邻居等人的证言、公安机关的出警记录等即可。”刘法官建议，受害者平日一定要注意保留、收集相关证据。

相关链接

“人身安全保护令”如何申请？

人身安全保护令：即人身安全保护裁定，是一种民事强制措施，即法院为了保护家庭暴力受害人及其子女和特定亲属的人身安全、确保婚姻案件诉讼程序的正常进行而作出的民事裁定。

人身安全保护令的申请由受害者经常居住地、加害人经常居住地或家庭暴力行为发生地的人民法院受理。两个以上同级人民法院都有管辖权的，由最初受理的人民法院管辖。

申请人身安全保护令应符合下列条件：申请人是受害者；有明确的被申请人姓名、通讯住址或单位；有具体的请求和事实、理由；有一定证据表明曾遭受家庭暴力或正面临家庭暴力威胁。

申请人身安全保护令应当以书面形式提出；紧急情况下，可以口头申请，口头申请应当记录在案，并由申请人以签名、摁手印等方式确认。

人身安全保护令作出裁定的时间：人民法院收到申请后，应当在48小时内做出是否批准的裁定。

人身安全保护令分为紧急保护裁定和长期保护裁定。紧急保护裁定有效期为15天，长期保护裁定有效期为3至6个月。确有必要并经法院批准的，可以延长至12个月。

人身安全保护令包括的主要内容：(1)禁止被申请人殴打、威胁申请人或申请人的亲友；(2)禁止被申请人骚扰、跟踪申请人，或者与申请人或者可能受到伤害的未成年子女进行不受欢迎的接触；(3)人身安全保护裁定生效期间，一方不得擅自处理价值较大的夫妻共同财产；(4)有必要的并且具备条件的，可以责令被申请人暂时搬出双方共同的住处；(5)禁止被申请人在距离下列场所200米内活动：申请人的住处、学校、工作单位或其他申请人经常出入的场所；(6)必要时，责令被申请人自费接受心理治疗；(7)为保护申请人及其特定亲属人身安全的其他措施。

广东东莞市中级人民法院：东莞假离婚假民间借贷案频发 离婚妻为霸占财产虚构千万债务

2013年11月15日 法制日报——法制网 记者 章宁旦 通讯员 王创辉

为按城镇标准获取高额赔偿金伪造工资证明；为提出管辖权异议提供虚假居住证明；为骗取另一方财产离婚夫妻一方虚构债务恶意诉讼……《法制日报》记者今天从广东省东莞市中级人民法院获悉，近年来东莞虚假诉讼案件呈频发态势，离婚、民间借贷等成为多发领域。

徐某拿着借条到法院起诉称杨某向其借款380万元未还。法院审查发现，杨某与丈夫赵某正在打离婚官司。考虑到我国法律规定夫妻一般应对夫妻债务承担共同责任，法院随即向赵某通报并将其列入被告保证其抗辩权利。赵某反映，杨某为在离婚中独占夫妻全部财产，与他人编造出包括本案在内的1000多万元虚假债务。

经查询，法官发现，赵某起诉离婚后，确实不断有人起诉杨某欠款，所涉总额达千万之巨，且发生时间密集，单笔金额都十分巨大。在前笔借款尚未清偿情况下仍不断发生下一笔借款，且都是现金交付，只有出借人和杨某两人在场，用途也简单描述为生意周转，均不需要任何抵押和担保。

通过审查，法院最终确定此案为虚假诉讼，对双方当事人主张的借款真实性、合法性不予确认，驳回诉讼请求。

东莞法院调研发现，虚假诉讼案件的显著特征首先是当事人之间关系的特殊性，即虚假诉讼案件当事人之间一般存在亲属、朋友等特殊关系。其次，当事人之间配合默契，查处难度较大。为免露出破绽，当事人到庭率较低，大多委托诉讼代理人单独参加诉讼，给法院查清案件事实造成困难。

“另外，虚假诉讼发生的案件类型相对集中，离婚、民间借贷、执行异议、买卖合同纠纷等成为多发领域。”该负责人说。

虚假诉讼不仅妨害法院正常审判秩序，也损害司法权威和社会公平正义。为此，东莞法院要求法官在阅读案件材料时严格审查证据，一旦发现证据有造假嫌疑，就要通过各种方式查清案件事实。

“借助科技手段也可以有效辅助法官办理类似案件。”该负责人告诉记者，针对案件双方当事人各执一词、孰真孰假难以界定的情况，对当事人进行测谎鉴定，加强法官心证，帮助审查、判断证据，也可对当事人产生警示作用。

记者了解到，目前，东莞法院已对多宗恶意诉讼、伪造证据的当事人作出罚款决定。

北京朝阳区法院：法庭进社区 夜晚审房案 老太要儿孙腾房 案件特殊法官方便当事人夜审

2013年11月19日 北京晚报 记者 张蕾 程宁摄

庭审现场，桌右为被告



一张大桌子，三面分别坐着法官、原告、被告。为方便当事人，昨晚6点半，朝阳法院将法庭挪到了朝阳区八里庄北里社区服务站，一起特殊的腾房纠纷案在十来平方米的接待厅内开审。原告王老太是被告迟先生的生母。迟父去世后，留下了八里庄北里的一套两居室。就为了这套房产，王老太和长子迟先生已几度对簿公堂。

7旬老太状告儿孙腾房

涉案房产在迟父名下，是早年间迟父单位分的房。2010年12月，迟父去世，留下这套房产。

迟母王老太和长子迟先生的房产之争自迟父去世后展开。经过王老太诉讼，2012年，朝阳法院判决王老太和迟

先生各享有涉案房产百分之五十的份额。此后王老太继续诉讼，法院于今年做出进一步判决，将此房产判归王老太所有，王老太给付迟先生房屋折价款95万余元。判决作出后，王老太将房屋抵押贷款，并将折价款全额交至朝阳法院。但迟先生因不满判决，一直拒绝领取这笔钱。

据法院的调查，迟先生和妻子已经离婚，但前妻并未离家。如今迟先生、前妻及儿子、儿媳都住在这套两居室里。四人占据了两间卧室，老太太只能住客厅。

由于和儿子之间关系不睦，王老太这一回起诉要求迟先生一家腾退房屋。

法庭进社区夜晚审案

昨晚6点多，天已全黑。主审法官徐娟带着一名书记员和两名法警来到八里庄北里社区服务站。

在一间面积不大的厅里，徐娟搬了一张桌子和几把椅子临时凑成了一个“审判庭”。

这回，被王老太告上法庭的除了迟先生以外，还包括迟先生的前妻、儿子和儿媳。徐娟告诉记者，迟先生的前不愿意出现，想委托迟先生给代理。但根据《民事诉讼法》的规定，如果是委托亲属代理诉讼必须是当事人的近亲属，所以他们的委托手续存在问题。

而迟先生的儿子、儿媳平日里都要上班，这一家子矛盾又比较尖锐，委托手续上难配合，所以经过前期的几次沟通，徐娟最终决定自己麻烦点，在下班时间，把法庭搬到这里。于是，迟先生的儿子成为母亲的诉讼代理人。

兄弟见面剑拔弩张

昨晚，75岁高龄的王老太没有露面，代其出庭的是王老太的小儿子、迟先生的弟弟迟某。

兄弟俩见面不过一个小时，却几度冷嘲热讽、剑拔弩张。

“这房子是父亲留给我的，从1995年房子下来我们全家就住这儿，凭什么让我腾房？”迟先生认为，事情走到今天，背后都是弟弟、妹妹捣的鬼。而且，迟先生称，当初将房子从单位产权买归个人的时候，他也出钱了。

迟先生认为，这房子有他一半的份额，他必须要捍卫。“你们判我母亲给我钱买我的房子，我不同意，这是强买强卖。”迟先生不同意腾房，他认为自己有居住权。迟先生的儿子则表示，由于他们一家人就这么一套房，搬出去就没地儿住，所以他们没有能力腾房。

“钱已经给法院了，我也得为我母亲的生活着想，我要求腾房。”弟弟迟某称，大哥让母亲住在客厅，墙都洒透了。而且大哥两口子谈复婚的时候，大嫂表示过不跟老太太住。

昨天，徐娟法官试图对双方进行调解，但兄弟俩火药味很重，调解未能成功。法院将择期宣判。

北京房山法院：为女考学复婚后再离被驳

2013年11月17日 京华时报 杨凤临

为了不影响女儿高考，两夫妻“温情”复婚，女儿考上大学后，妻子随即将丈夫诉至法院要求离婚。近日，记者获悉，房山法院判决驳回了该女子的离婚诉讼请求。

据王芝（化名）称，2007年，因无法接受丈夫有外遇，最终协议离婚。但和丈夫的离婚，给女儿造成了不小的打击。为了不影响女儿高考，王芝和丈夫又在女儿即将上高三之际复婚。

“本以为复婚后他能有所收敛，没想到他依然我行我素，经常不回家”。女儿考上大学后，王芝将丈夫诉至法院，要求离婚。

法庭上，丈夫不同意离婚，称和妻子关系一直挺好，妻子只是对自己工作忙、不能经常回家不满。丈夫表示，今后一定会多照顾家庭，多关心妻子。

法院认为，两人感情基础较好，最终判决驳回王芝的诉讼请求。

北京密云法院：小两口闹离婚孩子成“皮球”

2013年11月17日 京华时报 裴晓兰

“80后”夫妻闹离婚，庭审现场只要求分割财产不要孩子。近日，密云法院开庭审理了此案。

刘女士诉称，她与宗先生 2003 年开始谈恋爱，2007 年登记结婚，2008 年生育一子。婚后她发现，其实两人根本不适合婚姻家庭生活，就连一些鸡毛蒜皮的小事都能吵得不可开交，现夫妻感情已经破裂，已经没有和好的可能。

刘女士要求和宗先生离婚，但不想抚养孩子，理由是她现在工作不稳定收入低，且患有甲亢需要常年吃药。她希望离婚后孩子归宗先生自行抚养，共同财产平均分割，包括两人婚后购买的一套楼房、存款若干及轿车一辆。

开庭时，宗先生同意解除这段痛苦的婚姻，也要求平均分割共同财产。对于孩子，他称自己也不要，理由是没有能力抚养。

法官释法明理，进行劝解，但男女双方仍旧都表示自己没有能力抚养孩子，坚持要求由对方自行抚养。目前，此案正在审理中。

北京石景山法院：长子起诉前妻和儿子要求腾房 双方针对是否公开审理争执不下 冰心子孙争房产庭审仅 10 分钟

2013 年 11 月 15 日 京华时报 孙思娅

冰心长子吴平将前妻陈凌霞和儿子吴山告上法庭，要求对方腾出位于石景山区的一套住房。记者昨天获悉，该案在石景山法院开庭，双方因案件是否公开审理争执不下，导致法庭未进入实质审理便告休庭。

吴平起诉称，2012 年 5 月 15 日，一中院终审判决他和陈凌霞离婚，位于石景山的一套房屋归他所有。但这套房自 2005 年他和陈凌霞分居至今，一直被陈凌霞占有。为防止吴平入住，陈凌霞还换了防盗门。他表示，因陈凌霞拒绝还房，自己如今居无定所，只能租房住。

此案于前天下午 2 点在石景山法院开庭审理。开庭当天，吴山和律师来到法庭，其母陈凌霞未到庭，而吴平本人也未到庭，由其代理律师出庭。吴平的代理律师以案件涉及个人隐私为由向法院申请不公开审理，吴山持否定观点，他认为案件仅仅是关于房子归属问题，并不涉及隐私。双方为此在法庭上争执不下，法官要求双方停止争执，并询问是否同意调解。

吴平的律师表示，调解的前提是对方先腾房。“如果说想调解就必须腾房，我坚决不同意。”吴山称。

随后法官宣布庭审结束，表示合议庭将对该案是否涉及隐私、能否公开审理进行合议，另行通知下次开庭时间。整个庭审时间不到 10 分钟。

>>庭后采访

吴山：诉讼并非父亲本意

昨天下午，吴山向记者表示，父亲吴平以法院判决为由要求他腾房，他认为“因为父亲作为过错方与母亲离婚，但却分得了大部分的财产，这是显失公平的”。

吴山称，1997 年，母亲陈凌霞去澳大利亚照顾生产的女儿。其间，吴平和一个比自己小 40 岁的浙江女人发生了婚外情，而且该女人是个有夫之妇，不少小区邻居都见过。

在吴山看来，这起诉讼并非父亲的本意，他认为这起诉讼是那个女人指使父亲进行的。吴山说，自 2005 年起，房子实际上是在自己在住，他始终不相信自己的父亲会将他赶到大街上去睡，因为在他发现父亲的事情后，父亲心中有悔意，虽然石景山的房子是在父亲名下，但父亲曾口头承诺把石景山的房子给他和母亲。

吴山说，现在他已经联系不上父亲，对方的手机长年处于关机状态，他实际上对父亲没有意见，并希望能去照顾父亲的晚年，“可我现在想尽孝心都不知道怎么找他”。

昨天记者拨打吴平电话，但均无法接通。据此前媒体报道，针对其子的做法，吴平曾表示没教育好孩子，他内心深感愧疚，儿子吴山此前到冰心墓前用油漆写字的行为，让所有热爱冰心的人感到痛心，他觉得对不起社会，对不起母亲。

（上海法院）青浦：化解墓穴之争 唤回手足亲情

2013 年 11 月 19 日 人民法院报

2 月，一个疲惫的老人来到上海市青浦区人民法院立案大厅递交诉状，“父母生我养我，‘百年’之后，我却不能让他们合葬一处，入土为安！”面对法官，老人情绪激动，老泪纵横。

老人是家中长子，父亲去世后，他准备将父亲骨灰与母亲骨灰合葬时却被墓园拒之门外，悲愤之下，他一纸诉状将墓园告上法庭。墓园方面则表示不是其不愿意履行合同，而是因为该墓穴的订购人是原告的弟弟而非原告，原告弟弟一直阻止墓园安放骨灰，墓园已多次协调均不成。了解情况后，法院立即追加原告弟弟作为第三人参加诉讼。

第一次开庭，都已经头发花白的兄弟俩剑拔弩张，互相愤怒地指责对方不孝。兄长说弟弟长期对父亲不闻不问，弟弟说哥哥阻止其看望病危的父亲，伤透人心。现在作为墓穴购买合同当事人的弟弟不同意兄长提出的合葬父母骨灰的请求，要求其另行购买墓穴安葬父亲。话说到这个份上，兄弟俩都失去了理智，被悲痛与愤怒的情绪笼罩，闹了个不欢而散。

之后，法院组成合议庭再次开庭审理此案，并由分管副院长薛文成担任审判长。薛法官敏锐地觉察到当事人的争议实际上主要是由于长年积怨引发的“意气之争”。在审理过程中，合议庭尽可能照顾当事人情绪，给予双

方充分的时间表达意见，使双方在情绪宣泄后能够相对理智。合议庭也注意到兄弟之间尽管情绪对立，言辞激愤，但内心深处，均希望父亲能够早日入土为安。薛法官及时明确地向双方指出这一点后，兄弟俩慢慢平静了下来，沉默许久后终于一起点头表示同意接受法庭调解。

在随后的调解中，法官耐心释法析理，阐述孝道，劝说兄弟俩以死者为大，以亲情为重，昨日之事已不可追，父母在九泉之下，必然希望血脉相连的兄弟俩冰释前嫌，重拾珍贵的手足之情。听到这里，兄弟俩为之深深动容，兄长由原告席上站了起来，先向弟弟伸出手去，弟弟也终于走了过去，握住了兄长的手，两人在法庭上拥抱在一起。双方最终达成调解协议，原告就指责墓园方面的言论郑重道歉，墓园则同意兄弟俩一同前往办理骨灰落葬手续，让父亲早日与母亲“团聚”。

据介绍，作为上海郊区的基层法院，青浦法院每年处理很大数量的家庭纠纷案件，这些案件经常会有不同寻常的诉因，其后牵连着一个家庭甚至家族多少年的心结，在这些纠纷的处理中，如何努力做到情理法的平衡，考验的是法官的智慧，体现的是司法为民的情怀和追求。

上海市杨浦区法院：证据意识超强“80后”离婚竞相 抢占主动权

特征：举证多、认定难让离婚变得不简单 建议：保存证据需及时且无损第三方利益

2013年11月19日上海法治报 王川 翟珺

曾经的“80后”青年陆续步入而立之年，彼此间的婚姻也逐渐进入“七年之痒”，与“80后”相关的离婚纠纷开始更多地进入司法视野。日前，黄浦区法院发布一份《“80后”离婚案件的新与难》白皮书，系统分析了该院700余件涉“80后”离婚案件的成因与新问题。无独有偶，杨浦区也于近日对该院今年以来的涉“80后”离婚案进行总结分析。

白皮书显示，2010-2012年，黄浦区法院共受理涉“80后”离婚案件706件，占受理的全部离婚案的29.22%。离婚的主要原因包括：闪婚、性格差异、父母干涉、婚外恋、家暴频发等。

分析显示，“80后”夫妻都具有较强的法律意识，且能列举形形色色的证据，但在司法实践中，却依然难以认定。对此，市律协民事业务委员会主任谭芳律师表示，保存证据需及时，且无损第三方利益。

案件聚焦

遭遇家暴 想说离婚不容易

都说找个比自己年龄大的老公懂得体贴人，但是市民倪小姐却不这么认为，因为她的老公比她大三岁，却动不动就对她实施家暴，最终导致她搬回娘家长期居住。为了不再遭受家暴，倪小姐毅然起诉离婚。三年内她接连打了三场官司，才最终离婚成功。

据了解，2005年，22岁的倪小姐与25岁的王先生相识，两人一见倾心。2006年3月16日，两人登记结婚。不过让倪小姐万万没有想到的是，憧憬的甜蜜生活没有到来，到来的却是一记记老拳，原来婚后不久，王先生就多次对她实施家庭暴力。

2009年12月，因王先生再次殴打她，倪小姐干脆搬回父母家居住，与王先生开始分居。2010年5月，倪小姐起诉要求与王先生离婚，因王先生未到庭应诉，倪小姐撤诉。2010年12月26日，倪小姐再次起诉要求与王先生离婚，法院以双方感情尚未完全破裂为由，判决不予支持。此后双方关系并无好转，倪小姐再次起诉要求判令两人离婚，双方离婚后的财产和住房问题不需要法院处理。

法庭上，被告王先生辩称，他与倪小姐之间并不存在矛盾，他也并未殴打倪小姐，双方产生争执是因为倪小姐所挑起，他与倪小姐产生冲突是迫于自卫，所以不同意离婚。

法院审理后认为，婚姻的维系应以夫妻感情为基础，倪小姐和王先生在婚姻过程中，未能妥善解决生活中产生的矛盾，以致夫妻感情产生裂痕。双方处于长期分居状态，且倪小姐多次起诉要求离婚，可见倪小姐要求与王先生离婚的意愿十分坚决。王先生虽不同意离婚，但也未能采取具体有效的措施以挽救双方的夫妻感情。

最终，法院以双方的夫妻感情已经彻底破裂为由，判决准许倪小姐与王先生离婚。

统计显示

家庭冷暴力更易被忽视

一直以来，喜欢动手打人的直接暴力行为容易被法庭认定，而一些冷暴力行为因为较为隐性，常常被人们所忽视。

据全国妇联的一项最新抽样调查表明，家庭暴力现象目前我国具有相当的普遍性，尤其是夫妻之间。据统计，全国2.7亿个家庭中，遭受过家庭暴力的妇女已高达30%，其中，施暴者九成是男性，每年有近10万个家庭因家庭暴力而解体。其中，不少家暴的形式就是冷暴力，且家庭暴力有向年轻化发展的趋势。

2012年初，全国妇联所做的“反家庭暴力立法公众态度调查”显示，87.3%的被调查者听说过“家庭暴力”，93.5%的被调查者支持推动立法。

但实际上，受中国传统家庭的观念影响，很多人还抱有男尊女卑的看法，一些人错误地认为，打老婆、打小孩都是家务事，不违法。而受害者觉得家暴是家丑，“不可外扬”，所以很多人选择默默忍受。对于“无形”的冷暴力，即便是一些当事人，也不知道如何开口或举证其确实存在。

记者注意到，早在2011年3月，全国妇联相关负责人在两会期间透露，第一部全国性的《反家庭暴力法》草案已起草完成。2011年7月15日，反家庭暴力法立法工作取得突破性进展，全国人大常委会已将反家庭暴力法纳入预备立法项目。然而时至今日，这部《反家庭暴力法》依然未能走出最后一步。

《草案》中明确指出，精神暴力（冷暴力）是指通过长期拒绝与配偶过性生活、长期讽刺、挖苦、言语攻击、无端挑剔，或漠不关心对方、将语言交流降到最低限度。这种暴力的实施其危害性较之身体暴力要严重得多。

根据妇联的相关调查，有很大一部分已婚妇女曾遭遇过不同程度的精神暴力，这种暴力是用精神折磨来摧残对方，非常容易让受暴力一方患上抑郁症，也是导致夫妻离婚的一大重要因素，所以这一群体应该成为《反家庭暴力法》保护的對象。

据本市妇联部门之前统计数据显示，前去反映家庭暴力的来访者，年龄段以40—60岁之间较多，其次是20—30岁的年龄段，且年轻化趋势明显，冷暴力出现的人群则更加偏向于白领群体。

特征明显

“80后”法律意识强 善于多方位取证

杨浦区法院在对该院今年以来受理的涉“80后”离婚案件总结分析后指出，此类案件中，“80后”们普遍具有较强的取证意识和维权意识，善于从多个角度取证，这点与其他年龄层次的离婚案明显不同。该院日前审理的一起涉“80后”离婚案，就有明显的上述特点。

1988年出生的刘小姐将同龄的丈夫张先生告到法院，提出离婚。刘小姐的理由是，丈夫脾气不好，而且整天在家不务正业，沉迷于网络游戏，如今更是变本加厉，喝酒赌博夜不归宿，双方之间矛盾越来越大，终日为小事而不愉快。去年10月，丈夫第一次在家动手打了自己，之后便一发不可收拾，自己多次回家时都被丈夫打了出去，请求民警帮忙都无法改善，和丈夫协商又不成。于是刘小姐忍无可忍，向法院起诉要求离婚。

法庭上，张先生表达了自己的苦衷。他指出，妻子刘小姐在外的社会关系很多，情况复杂有些搞不清楚。去年10月，妻子就有将近半个月的时间没回家。张先生还称，自己的朋友曾经看到过妻子和其他男性在一起，有不正常关系。

张先生向法庭提供了妻子的聊天记录、电话记录和信用卡消费记录等，以此证明她和其他异性有不正当关系。例如，在刘小姐的微信聊天记录中显示，她和其他男子比较暧昧，相互以“老公老婆”相称；电话记录则显示，刘小姐与某个号码保持着非常频繁的联系。

除此之外，张先生还提供了一组手机照片，是妻子和其他男人的亲密合影。值得一提的是，这些照片原本是在刘小姐的手机中的，而且已经被删除了，但张先生利用技术手段对这些照片进行了恢复。

法官表示，“80后”群体中的不少人都有比较高的文化知识，接受新事物的能力也普遍高于“60后”和“70后”们。就像上述案例中，离婚双方当事人往往都能够提供大量的电子数据为自己作证，这种情况颠覆了以往“白纸黑字”式的举证模式。

家庭暴力、婚外情等似乎都是构成离婚的理由，但这些都需证据来支撑。杨浦区法院在总结分析中发现，和以往不同的是，“80后”们的法律意识较强，会尽力举证对方存在过错，提供网聊记录、婚恋网站注册信息、窃听录音、针孔录像、经技术手段恢复的手机删除信息等证据，举证方式和内容多元化。

审理难点

证据很多 认定很难

针对“80后”离婚案件中各式各样的证据，尤其是形形色色的电子证据，杨浦区法院认为，这些电子证据如果是合法取得的，对方对真实性也不提出异议的，那么法院会认定它的效力；如果对方对真实性提出异议，那首先就要判断证据的真实性，在对真实性作出判断之后，还需对证据的关联性进行认定。

黄浦区法院在调研中发现，夫妻一方主张对方存有婚外情时，所能提供的证据一般是照片、书信、录音录像、证人证言等。对于年轻的80后来说，还可能包括手机短信、Email、QQ聊天记录、微博、微信等，但这些证据往往难以具备充足的证明效力。

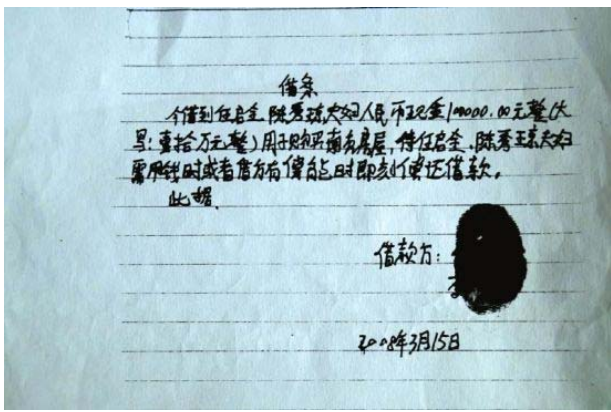
比如，照片只能反映出某个瞬间的片段，单凭几张照片容易断章取义、不足以认定事实；忏悔信、承诺书常在庭审中被过错方矢口否认，辩称当时写下只是为了缓解夫妻矛盾；录音录像很可能是以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的，难以作为认定事实的依据；短信、QQ等社交软件记录更是集照片、书信、录音、录像的弱点于一体。

有的当事人还进一步主张子女非亲生，但这只能通过亲子鉴定来判断，很可能对孩子造成巨大的心理冲击。至于涉家庭暴力案件，许多受害人碍于情面而未及时报案或验伤，即使报案，相关记录上通常只有“夫妻之间发生矛盾”的表述，并无殴打情节，导致事后难以收集和固定相关证据，法官很难根据现有的证据推断确认一方存有过错。此外，若是无过错方想要请求赔偿，对于证据的要求则更为严苛。

指点迷津

取证需及时且无损第三方利益

市律协民事业务委员会主任谭芳律师指出，“80后”家庭暴力的原因相较以前有所变化。以往所发生的家庭暴力，往往是由于错位的观念，例如大男子主义者往往有可能打骂妻子，但是发生在“80后”夫妻之间的家庭暴



任德伟出示的10万元借条

分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得

力,有不少是缺乏忍让,一时冲动所致。

“80后独生子女往往以自我为中心,过惯了在家中被父母独宠的生活,对需要双方互相忍让的婚姻生活并没有做好足够的准备,”谭芳指出,正因为如此,夫妻因为一些生活琐事发生矛盾,本来是双方互让一步即可解决的纠纷,但对于“80后”夫妻而言,大家往往都不愿意忍让,再加上一时冲动,矛盾容易升级成为肢体纠纷,进而演变成家庭暴力。

不过,也不是所有的肢体纠纷都能归结到家庭暴力的范畴中去。谭芳指出,要构成家庭暴力,至少要满足身体

上受到伤害、多次发生等条件。

对于婚姻中的任何一方,一旦因遭受家庭暴力而需要提起诉讼,可以提供受伤害证明、派出所等机构的调解笔录等作为证据。

对此,黄浦区法院民一庭法官徐婷姿持支持态度。她认为,在出轨、家暴问题上,女性更应通过增强证据意识来提高自身的维权能力。“家丑不可外扬”的传统观念下,女性对家暴、出轨问题往往忍气吞声,忍无可忍之时再行维权,却往往苦于没有证据加以证明。因此,一方遭遇家暴后要及时验伤,有出警的保留出警记录。

“相对于肢体暴力,夫妻之间存在的语言暴力如今更值得重视。”谭芳指出,从法律角度出发,语言暴力会损害人格尊严,受暴力者可以以此来提出诉讼,但在实践操作过程中,语言暴力往往因为难以被记录,导致举证特别困难。即便能够提供录音、录像等证据,但要认定语言暴力的危害程度也是一大难题。

对于“80后”离婚中比较突出的“小矛盾、大冲突”现象,谭芳建议,步入婚姻殿堂之前需要做好心理准备,夫妻之间需要更多地忍让和包容,才能走得更为长久。

此外,对于“80后”离婚案中夫妻双方法律意识强烈,能提供窃听录音、针孔录像等形形色色的证据这一情节,谭芳指出,这类证据到底是否合法,首先要判断证据的取得方式是否会损害第三方的利益。

举例来说,如果只是在家中这一私密场合采取录音、录像等方式,没有对其他人产生不利的影 响,那么所取得的证据在证实真实性、关联性之后,还是会被认可的。但是,如果这类录音录像证据是利用非法手段取得的,例如潜入一方的办公室安装录音录像设备等,这样获得的证据并不合法,在离婚官司中也很难被认定为证据。

新疆生产建设兵团车排子垦区人民法院:一个人两身份规避离婚后财产分割行不通

2013年11月07日 中国法院网崔建民 郭伟 李贵敏

11月6日,新疆生产建设兵团车排子垦区人民法院采取强制措施,成功执结了一起特殊的离婚财产分割案,被执行人企图利用“一个人两个身份证号”规避执行的想法落空。

2010年8月,唐华与丈夫王某经法院调解离婚,双方协议夫妻共有的房屋归妻子唐华所有。可两年过去了,王某始终未将房产转给唐华。唐华多次催促未果,遂向法院申请强制执行。案件受理后,车排子垦区人民法院执行干警在对被执行人身份及房产信息进行调查比对时,发现申请执行人提供的房产登记信息与被执行人王某的相关信息不符。申请执行人提供的被执行人为王某,而实际房产登记信息登记户名为王某英。执行干警立即到奎屯市房产办查实被执行人王某办理房产时的相关信息,同时在公安机关户籍管理部门调取王某和王某英的信息进行核对,发现户主王某英与王某出生年月日稍有不同,户口一个在奎屯,一个在兵团七师某团。经过多方查证,执行干警确定王某英与王某就是同一个人。

经过上述确认后,车排子垦区人民法院在公安部门的配合下,立即对利用“两个身份证号”规避执行的王某的房产采取了强制措施。事实和执行压力摆在眼前,被执行人不得已吐露实情。原来,王某于1994年将户口从团场迁至奎屯市,与唐华登记结婚,并购买了这套楼房。但王某在团场户籍并未及时注销,这才有了后来“一个人两个身份证号”的情况。经过一番思想疏导工作,王某认识到了自身的错误,积极配合执行干警,协助唐华办理了房屋过户手续。

南充法院:南充夫妻共同债务成个人债务丈夫做假还是妻子推脱

2013年11月20日四川在线-华西都市报记者 刘治海 实习生 刘虎 摄影报道

为买房,南充一对夫妻借男方父母15.8万,事后由于父亲生病需夫妻二人还账,结果却闹上法庭,究竟是男子串通父母写下假借条,还是妻子故意推脱?

近日,南充一网友在某知名网站发帖称,自己婚后在父母处借钱购买房屋,原本的夫妻共同债务,却被法院判决为个人债务,发帖人对此表示很不理解,对法院的判决提出质疑。

网友发帖 质疑法院判决不公

11月5日,南充一名为“自然法则”的网友在一知名网站发布《如此判罚,实在荒唐》一帖,文中称,其与

妻子结婚后，在自己的父母处借钱在南充市顺庆区购买房子。2011年11月底，其父亲因身患食道癌，急需大笔资金做手术，于是找到夫妻二人偿还所借款项，可遭到岳母反对，父母遂将夫妻俩告上了法庭，不料最终被法院判决为自己的个人债务。

网友“自然法则”质疑：“我在婚后借我父母钱购买的房产，法院怎么判罚是我个人债务？我和老婆还没有离婚，况且在庭审答辩中及庭审整个过程中，老婆除了不承认债务，根本就只字未提个人债务这个问题。我父亲手术的后期治疗还需用钱，判成我‘个人债务’，我个人既没有单独的财产，更没有私房钱这叫我怎么还？”

父亲重病 要求儿子儿媳还债

网友“自然法则”名叫任德伟，他告诉记者，2007年，夫妻二人为买房在父母处借款共计15.8万元。2011年年底时，任德伟父亲患上食道癌，手术及后期治疗费用共花费了20余万元。“此后，他们的生活变得很拮据，我的家人都叫我们夫妻俩偿还父母的债务，以让父亲得到后续的治疗。”任德伟告诉记者说，“由于我们既不能支付医疗费，也没照顾过父亲，他们便把我们夫妻二人起诉到顺庆区人民法院，要求偿还借款15.8万元及利息。”

妻子怀疑 丈夫故意串通父母

去年3月，顺庆区人民法院在审理此案后，作出判决，由任德伟和妻子李红丹偿还任德伟父母借款15.8万元。“此后，任德伟的父母又将我们告上了法庭，说我们的房子全由他们出资购买，要求收回房子的所有权。”李红丹说。

“2009年时，我和任德伟在广安做生意时资金周转困难，确实向银行借贷了3万，但事后都是我们都自己偿还的。10万元的事也是任德伟串通好他的父母照着我存折写的假收条，他就想让我在离婚时净身出户，10万元借条上面我的签名也是他自己伪造的。”李红丹说。

在得知情况后，李红丹走上了申诉之路，南充市中级人民法院认为，李红丹当初没有到庭参加诉讼，去年3月的案件程序出错，便撤销了顺庆法院的判决，发回重新审理。

发回重审后，李红丹当庭参加了诉讼，并出示了相关证据证明不存在借款一事。“法院重审时，任德伟的父母没有提供取款依据，对借款时间也说法不一，一个说是李红丹当天上午就将10万现金拿走，一人则说是当天中午拿走。”审理此案的法官贺德成说。

最终，顺庆法院最终作出一审判决，由被告任德伟偿还其父母人民币15.8万元及利息。据悉，任德伟因不服一审判决，已于11月7日向南充市中级人民法院递交了上诉申请。

北京通州区法院：法官撮合离婚夫妻当庭办婚礼

2013年11月23日 京华时报 裴晓兰

小夫妻因房产证加名等琐事离婚后，虽然还有感情但谁都不肯低头。处理他们财产分割的执行法官用古今中外的爱情故事促成他们复婚。记者昨天获悉，这对小夫妻在通州法院的法庭上举行了特殊的婚礼。

房产证具名纠纷加速婚姻关系瓦解

王先生和张女士曾在相恋5年后结婚，婚后由于生活琐事和工作上的挫折，逐渐产生矛盾。他们说，双方也谨慎维持婚姻关系，甚至故意分开一段时间来平复情绪，但最终还是因房产证具名的事情，使婚姻走向了终点。

结婚时，王先生付的首付在北京买下一套房子，后由两人共同还贷，但房产证上只有王先生一个人的名字。关系好的时候，张女士没有在意此事，但随着关系持续恶劣，张女士要求在房产证上加上她的名字，这让王先生认为张女士不信任自己，只看重金钱，一时冲动称要离婚。张女士也不示弱，直接将王先生诉至通州法院要求离婚。

开庭时，审判法官发现两人并不是真的感情破裂，只是婚姻进入瓶颈期的一时冲动，因此驳回了张女士的离婚请求。但两人怒气未消，各自回到父母家居住，互相僵持。半年之后，张女士再次起诉离婚，法官通过多次努力试图挽救两人的婚姻，但双方互不相让，法官只好判决两人离婚并分割共同财产。

法官制造见面机会讲爱情故事催人泪下

拿到判决后，王先生即申请执行，想尽快实现财产分割与张女士断绝关系。执行法官拿到案件后，向审判法官询问了具体情况，同时传唤王先生和张女士到庭谈话。法官发现，两人感情并没有到无法挽回的地步，心中都有后悔之意，只是碍于面子谁都不想低头。

执行法官故意将案件压下，找机会将两人同时传唤到庭谈话，增加两人见面的机会，并解释离婚分割财产的法律程序十分复杂，房产过户也要缴纳昂贵的费用，会加重当事人的经济负担。

经过多次沟通，两人的关系出现了缓和迹象，法官趁热打铁，和两人聊天时谈到古今中外的爱情故事，从梁山伯与祝英台双双化蝶到牛郎织女的鹊桥相会，从罗密欧与朱丽叶的至死不渝到爱德华八世的不爱江山爱美人，法官的劝说慢慢解开了两人的心结，他们甚至默默流泪。

最终，王先生放弃执行申请，申请复婚，张女士也愿意。法官提议可以在法庭中为两人举行一次简易婚礼来庆祝双方复婚，两人欣然同意，并电话联系了各自的父母。最后，在法院全体法官和双方父母的祝福下，王先生和张女士举行了简单但特殊的婚礼。

北京海淀区法院：女子持欠条要账告老公称该笔借款为婚前财产

2013年11月22日 京华时报 张淑玲

今年 27 岁的王女士凭借一张写在信封上的欠条，主张丈夫张先生归还其婚前借款 12 万元。记者昨日获悉，海淀法院已受理该案。

王女士诉称，在恋爱期间，张先生借款 12 万元，自己便向父母要了 12 万元现金交给了张先生，张先生现场打了一张欠条。之后，两人结婚，张先生一直没还这 12 万元借款。

张先生辩称，在和王女士恋爱期间，因王女士多次以自杀、自残相威胁来维持两人的关系，因此自己想要分手。当时自己为安抚王女士情绪，才在所住酒店的信封上写了该欠条。张先生称，自己是在王女士的欺骗下登记结婚，婚后没有住在一起，目前正在努力与王女士离婚。

当问及王女士为何在两人婚姻存续期间起诉该笔欠款时，王女士代理人表示，王女士家人对张先生的欠款行为十分不满，所以才要求王女士起诉追款。

对于两人的婚姻，王女士表示非常希望能和张先生继续生活下去。

目前，该案正进一步审理中。

北京朝阳区法院：董洁诉离婚法院 难觅潘粤明 法院通过多种方式送达传票均被退回 希望潘主动联系

2013 年 11 月 22 日 京华时报 张淑玲

自去年底曝出离婚风波，至今董洁认为和潘粤明和好已无可能。记者昨日获悉，董洁诉潘粤明离婚一案已由朝阳法院正式受理。然而，法官通过打电话、邮寄、托人传口信等方式向潘粤明送达起诉书和开庭传票，却一直无法同潘粤明取得联系。对此，朝阳法院希望潘粤明本人或其代理人能主动联系法院，领取起诉书和开庭传票。

董洁诉称，自己与潘粤明在 2008 年登记结婚，2009 年生有一子。婚后，两人因性格不合及家庭琐事产生矛盾，导致夫妻感情破裂，且已于 2012 年分居至今，确已没有和好可能。

董洁认为孩子年龄还小，且一直跟着母亲生活。为了孩子的身心健康，故请求法院判令孩子由母亲抚养，潘粤明每月支付抚养费。

朝阳法院受理该案后，按照董洁提供的电话多次联系潘粤明，但始终联系不上。后来，法院分别向潘粤明的户籍所在地、经常居住地以及登记在他和董洁名下的居住地址邮寄了起诉书和开庭传票，但均被退回。

据了解，此前，朝阳法院因审理潘粤明诉任佳莺、上海申江服务导报社有限公司名誉权纠纷一案，由此联系到潘粤明在该案中的委托代理人饶律师，向其询问潘粤明的联系方式。饶律师表示，自己并非董洁诉潘粤明离婚纠纷案件中潘粤明的委托代理人，不便透露潘粤明的联系方式，不过可以向潘粤明转告董洁起诉离婚一事。

据了解，直至今日，潘粤明仍未主动同法院联系，法院也无法向潘粤明有效送达起诉书和开庭传票。

朝阳法院希望潘粤明本人或其代理人能主动联系法院，领取起诉书和开庭传票。据了解，若法院最终无法联系到潘粤明，便只能在媒体上刊登公告告知潘粤明该案。

北京海淀法院：老人子女拖欠抚养费敬老院起诉追讨 2 万

2013 年 11 月 25 日 京华时报 张淑玲

年逾八旬的王老太被女儿刘女士送到敬老院后，拖欠抚养费 2 万元。近日，敬老院将刘女士诉至海淀法院追讨。记者昨天获悉，海淀法院已受理该案。

敬老院起诉称，2007 年 4 月 1 日，刘女士与该院签订扶养合同，约定刘女士将其母亲王女士送到敬老院，每月支付扶养费用 4190 元及其他费用。

敬老院称，从今年 2 月 1 日起，刘女士半年时间没向敬老院支付扶养费用，欠费 2 万元。敬老院诉请法院判令刘女士支付 2 万元欠费，并解除双方签订的扶养合同。目前，该案正进一步审理中。

上海：离婚调解书造假背后有何蹊跷：竟是“限购”惹祸 “限购令”催生制假黑色产业链 法院将严查房地产虚假诉讼

2013 年 11 月 25 日 上海法治报 陈颖婷

自“国五条”、“沪七条”出台后，“限购令”让许多不符合购房资格的人“望洋兴叹”。然而买房子不符合条件不打紧，中介公司出手“帮你搞定”。为了促成房产交易，从选房、配对、出具假文书到最终房产过户，中介公司都能“一条龙”服务。为此，上海市房管局及市工商局宣布，今年年底前将在全市范围内开展房产经纪市场专项整治工作。重点将检查房地产经纪机构执行“限购”等房地产市场调控政策的情况，重点查处通过虚构劳动合同，伪造社保、纳税、婚姻证明材料的方式，为交易当事人骗取购房资格等违法违规行为。

日前，记者从某区获悉，今年以来，该区公安机关以涉嫌伪造国家机关证件、公文罪和买卖国家机关公文、证件罪共立案查处购房案件中涉嫌作假的 16 人。

案件聚焦

被限购者作假买房

2012 年 10 月间，租居于浦东某小区的朱女士想买房，通过邻居介绍认识了本小区想出售房产的郑先生，双方达成买卖意向。然而，郑先生告诉朱女士，由于他的房子是动迁房，3 年未满不能过户。后来，郑先生咨询了房产中介并告诉朱女士，房产中介能够帮助过户。今年春节前，郑先生与朱女士一起来到该房产中介，找到老板

沈某，双方把情况说了一下，沈某即答应帮助办理过户手续，但要求事成之后支付“托人办事费”6.7万元和中介费1万元。

今年4月间，作为房产中介老板沈某，在明知动迁房未满3年不得过户的情况下，为做成这笔交易牟取利益，先将郑先生房产证上老婆的名字在房产交易中心作了除名，又通过马路电线杆上的制假小广告，找人伪造了一份“郑先生与朱女士自愿离婚，房产归朱女士……”的人民法院民事调解书，并连同其他相关材料递交房产交易中心作为房屋交易材料使用。后房产交易中心在审核时发现该公文系伪造并将该材料退回，由此案发。法院以伪造国家机关公文罪，判处沈某拘役6个月，缓刑6个月。

无独有偶，浙江籍小伙陈某为取得在沪购房条件，委托两名房产中介工作人员，伪造证件，结果3人分别被判处拘役4个月、缓刑4个月至拘役3个月、缓刑3个月。

陈某大专毕业后，到上海张江某IT企业工作已有十余年。未婚的他年龄不小了，父母要他在上海买套房子后考虑成家。今年3月某日，恰逢刚出“国五条”，交易房子要收20%的个税。急于购房的陈某经本市一家房产中介公司职员徐某介绍，看上某公寓的一套房子，但因陈某是未婚且是外地户口，按照政策不能在上海买房。当时，陈某提出让中介操作一下以圆他买房梦，徐某与经理高某商议后，表示只有办理假的结婚证才能购房。这个建议得到陈某的认可。

次日，陈某与高某、徐某碰面，高某提出要搞定这些事情，只要陈某交点钱，把这事包装一下就行。双方谈好中介费2.1万元，办假的结婚证等所需包装费1.3万元。然后，徐某联系房东过来，三方谈妥房价105万元，并签订房屋买卖合同和佣金协议。陈某付了房东定金2万元，付了中介2万元。

此后，高某联系了一女子，并用她的证件和个人信息，伙同徐某花600元通过制假人员办理假结婚证和假户口簿。今年5月5日，陈某、徐某持上述伪造证件至房地产交易中心办理房产交易手续时被工作人员查获报警后抓获。

记者调查

“假离婚”是规避限购“上上策”

在沪上房屋中介行业内，把无沪籍无社保无配偶的购房人士简称“三无”。按照“限购令”，“三无”人士在上海是没有购房资格的。然而，无所不能的“包装公司”有的是办法。

记者在21世纪不动产等房产中介公司采访时，假称自己已两次贷款买房。于是，这些中介都给记者支招称离婚是个捷径。“现在银行方面卡得很紧的，贷款政策很严，你再买就只能算三套房，只有离婚。”一名房产中介表示，“假离婚”是规避限贷令、限购令的“上上策”，不但成本低效果好，而且可能也是唯一方法，基本上一天就能办妥购房所需要的离婚材料。

在暗访过程中，记者到过的四五家中介公司几乎都打包票说能规避限购，将“二套房”做成“首套房”。当记者问起他们成功的原因，“包装”成了挂在他们嘴边最多的词。不过，不少中介也坦言最近限购的房贷政策收紧，也影响到中介的生意，所以“包装”的成本就更高。

记者在一些规模较小的中介公司还遇到全程一条龙服务的“假离婚”服务。该房产中介告诉记者，如果遇到未婚的外地青年买房，他们可以提供专业的“配偶”。“对方会和你去婚姻登记处办理结婚登记，等你房子买好，两人再去离婚。”该中介人员介绍说，这样的“结婚”是按月收费的，每月五六千元。“一般这些手续一个月内就能办妥。”但当记者打听“配偶”的详细信息时，中介人员则表示，“你根本不需要知道他的年龄和职业，反正你们也就结婚离婚时见面。”当记者提出，如果双方年龄差距太大，结婚不可信时，中介人员挥了挥手：“婚姻登记哪管这么多，难道姐弟恋不可以吗？”当记者又提出房屋产权问题，一旦离婚对方要求房屋份额怎么办时，对此，中介人员拍起胸膛说：“不可能会发生这事，我们这些配对的人都是专业人士，如果你实在不放心，也可以事先和他签订婚前协议。”

记者了解到，除了这些“形式”上的婚姻，还有不少中介公司连走过场的“假离婚”都省去了。采访中，一些中介公司坦言，可以办理购房所需要的一切证件。“反正交易中心也不一定看出真假。”一些中介表示，“即使发现假的，大不了过阵子，换个身份再试一次。”据了解，上海市“新国五条”细则明确规定，对出售自有住房按照规定应征收的个人所得税，通过税收征管、房屋登记等历史信息能核实房屋原值的，依法严格按照转让所得的20%计征。但据相关政策规定，离婚双方持生效法律文书办理房屋权属转移，可免除营业税及附加、个人所得税、契税等。因此，一些无婚姻关系的房屋买卖双方，在房产交易过程中，使用伪造的法院《民事调解书》办理房屋权属转移，以逃避税费。

中介与制假者勾结形成黑色利益链

街头的办证小广告司空见惯，如今这些路边办证还有一个重要的客户——中介公司，而中介公司委托给他们的业务中，规避二套房贷的“假离婚证”成了重要内容。

上海市“新国五条”实施细则旨在坚决抑制投资投机性购房，明确非沪籍单身人士不能在沪买房，家庭在本市已有房产的实行限购。因此，一些不具备买房条件的人员，通过房产中介购买假的户口簿、结婚证、出生证明等材料实现房产过户，扰乱了正常的房产交易秩序。规避限购政策，往往需要通过伪造一系列的法律文书办理离婚析产，而办假证的人员就与房产中介狼狈为奸。

记者随机拨打了几家“假证公司”的电话。电话中一名“假证公司”负责人透露，每月都能收到来自中介公司“假离婚证”的业务订单。“我们基本上每个月都要做四五十张假离婚证件，都是房产中介为了帮助客户规避‘限购’做的，其中不少中介现在都是我们的老客户了。”

一家“假证公司”的负责人坦言，房产中介为促成交易而提供办理假证、疏通关系等“包装”服务，已成为业界公开的秘密，当房产中介了解到买卖双方需求后，会结合限购及税收政策提供购房“包装”一条龙服务方案，并安排专人单线联系办假证人员进行操办，客户只需另付数万元包装费即可。此外，房产中介之间还相互介绍，利用部分房产中介与办假证人员的长期合作关系等，共同经营此类不法产业，形成利益黑链条。

如何堵漏

房产交易中心：三审后才能发证

采访中记者获悉，房产交易登记中存在信息审查的漏洞，这也使得规避限购政策的行为屡屡得逞。目前房地产登记部门尚未与公安、法院及民政部门等建立信息共享机制，无法对法律文书、申请人婚姻状况等信息进行有效核实。且登记机关在实际工作中不对生效的法律文书进行实体审查，只要其内容不与登记簿发生冲突，即可按法院生效的法律文书要求予以登记，审查机制及信息共享机制存在的漏洞为违法买卖房产等行为提供了便利。

实际上，针对楼市限购情况下频发的“假离婚、假社保”等不法行为，市房管局、市工商局已经联合在全市范围内全面开展房地产经纪市场专项治理工作。重点检查房地产经纪机构执行“限购”等房地产市场调控政策的情况，重点查处通过虚构劳动合同，伪造社保、纳税、婚姻证明材料的方式，为交易当事人骗取购房资格等违法违规行为；同时加大对房地产经纪机构协助交易当事人伪造法律文书逃税的处罚力度，在交易登记、税收征管环节一经发现即移送公安机关，一经查实即停止网上备案资格，并按相关法律规定禁入行业。

据上海市房产交易中心透露，“限购令”后交易中心对买卖双方提交的材料审核更加严格，至少要经过三道审核程序，加大了对购房人资格的审核力度，对材料不充分或可疑的购房人都会将资料退回。

据介绍，房产交易中心在收材料时会预查一下材料是否齐全，不符合要求的，在这一关就被退回。当收下符合要求的材料后，就进入材料真实性的审核程序。他们会根据买卖双方的身份信息，调出是否已购房屋、婚姻状况、家庭成员信息、社保资料、纳税情况等。在这一关如果发现了问题，他们会通知对方补充材料或退回。

只有在所有材料都通过了审核，才能办理过户。最终在发房产证时还要通过一次审核，确保准确无误之后才能签发房产证。

相关链接

法院严查房地产虚假诉讼

近日，最高人民法院发出通知，就当前房地产调控形势下，各地发生的虚假诉讼即裁决过户问题要求各地法院加强审查，并对以房抵债虚假诉讼作出明确规定，今后裁决过户将遇红灯。

在“国五条”等房地产调控政策实施背景下，为规避税收、限贷及限购政策，现实生活中出现了大量“假离婚”、借名买房、二手房买卖中签订阴阳合同、虚构债务后协议以房抵债等现象，有些已经形成纠纷诉至法院。目前，最高人民法院正在对这些问题进行调研并致力于制定司法应对措施。为及时解决和应对当前审判实践中存在的相关问题，要求密切关注和高度重视本辖区执行国家房地产调控政策措施过程中已经出现和可能出现的虚假诉讼问题，严格依法加大审查排除力度，确保国家房地产调控措施的贯彻落实。

同时，在审理相关纠纷案件时，要认真审查当事人的诉讼请求及相关的证据，遇到以下情况，要慎重对待，妥善处理：当事人在以房抵债协议中约定管辖法院，但抵债的房产与协议管辖法院属异地的，要严格按照民事诉讼法关于专属管辖的规定认定协议管辖的效力；借贷等债权债务关系仅有借据和双方的认可，但未提供款项往来等证据的，对债权债务关系的真实有效性要严格审查，不能简单认定；双方以债权债务纠纷为由诉讼至法院，但是立案后对案件事实及实体处理等均无争议并迅速达成“以房抵债”协议的，务必在严格依法查明案件事实的基础上决定是否出具调解书；当事人在人民法院调解组织等主持下达成包含以房抵债内容的调解协议，并共同申请司法确认的，应当加大审查确认力度，慎重出具确认调解协议有效的裁定；当事人对以房抵债生效法律文书或者调解协议申请执行的，原则上不得出具以房抵债裁定书或者要求登记机构办理过户的协助执行通知书，当事人要求以房产清偿债务的，应当采取拍卖等执行变价措施；对其他可能存在虚假诉讼的纠纷案件，亦应依法审查。

（北京）丰台法院调研 80、90 后离婚案 首次起诉便离及草率离婚多 另外——养子压力大 致“小夫妻”离婚多

2013 年 11 月 24 日法制洪晚报 洪雪

近年来，80、90 后离婚案件呈上升趋势。记者今天从丰台法院王佐法庭获悉，今年上半年该庭受理此类案件同比增长一成多，占离婚案总数的 17%。

该庭调研发现，此类案件呈现“三多三少”现象。首次起诉便离了的比例占近 3 成，且为养育孩子及草率离婚的也不少。

分析 1 原告首次起诉 被告即同意离婚的多

与 60、70 后不同，80 后、90 后离婚案中，原告第一次起诉，被告即表示同意离婚的占近三成，部分被告即

使最初不同意离婚，在法院调解、原告仍坚持时，亦会表示同意。

分析2 原告草率起诉离婚的多

在该庭受理的80后、90后离婚案件中，庭审时双方均同意离婚，表明原告在起诉时对离婚决定缺乏深入思考。

分析3 养育子女压力大 致离婚多

多数80后、90后在陈述离婚原因时，均表示婚后初期感情尚可，自从生育子女以后便产生矛盾。由于80后、90后工作负荷大、生活成本高、空闲时间少，孩子的出生无论在精神上、劳务上还是经济上都给双方增加了负担，容易引发矛盾。

“三少”分析

因第三者诉离婚的少

该庭上半年受理的80后、90后离婚案中，原告提出离婚的理由均为性格不合、无法忍受对方缺点、无法沟通交流、常因琐事吵架等，尚无因第三者问题起诉离婚的。

因共同财产起争议的少

大部分80后、90后夫妻婚后与一方父母共居或租房住，少部分在婚前由一方父母出资买房，因此房屋权属争议不大。其他财产一般双方也可协商。

对后果深思熟虑的少

多数80后、90后对离婚给子女带来的伤害、给父母带来的负担及自己今后的生活安排无明确想法和意见，只想先离了再说。

北京密云法院：丈夫酗酒施家暴再婚妻子诉离婚

2013年11月26日 京华时报 裴晓兰

张女士与赵先生再婚不到两年，起诉要求离婚，理由是赵先生经常酗酒实施家暴。近日，经密云法院调解，夫妻二人重归于好。

张女士诉称，她与赵先生经朋友介绍认识，并于2012年登记结婚，婚后未生育小孩。刚结婚时，赵先生对她很珍惜，双方感情很好。可是近一年来，赵先生染上酗酒的恶习，并实施家暴。

赵先生不同意离婚，他说，这段时间因工作不顺常酗酒，对妻子有些冒犯。他知道错了，一定会改正，同时保证以后再也不喝酒，一定珍惜这段婚姻。看到赵先生真诚悔过的态度，张女士在法庭上默不作声。法官看到二人仍有感情，做了大量的调解工作，同时也对赵先生进行了教育。经过法院调解，张女士表示愿意再给赵先生一次机会，撤回了起诉。

北京房山区法院：因分手跳楼 父母起诉女友 男子和女友相恋6年 两次分手都欲自杀

2013年11月27日 法制晚报 洪雪

23岁的小立和相爱6年的女友小芳分手后跳楼自杀，小立的父母老王夫妇认为小芳明知小立有自杀倾向而不通知大家，导致他们承受失子之痛，于是将小芳起诉到法院，要求赔偿5万元。

今日上午房山法院通报称，已受理了这起案件。

2007年，成为高中同班同学的小立和小芳坠入了爱河，两个人在相爱半年后，因为父母的阻拦，小立提出了分手。

“我就是造物者创造的陪她玩几年的玩物，现下该回去了，我恋爱过，不后悔，我死了你要好好活着。”16岁的小立将写满爱意的信留给小芳，萌生自杀的念头的他站在楼顶准备跳楼前和父亲通了电话，经过父亲的劝说，他回到了父母家中继续生活。

此后，小立与小芳和好，一直恋爱了六年。小立为了能与小芳朝夕相处，放弃了大学学业，瞒着父母和小芳在市里一起租房居住。

两个人的爱情最终因为小芳父母反对而告终。

小立在遗书中说：“小芳和别的男人在一起了，我受不了，我太爱她，我走不出来。我对不起爸妈，你们不要怪小芳，一起都是我的错。”

老王夫妇认为小立在跳楼前与小芳在一起待了很长时间，小芳独自离开后小立向小芳发了诀别短信，小芳在接到短信知道小立有自杀想法后不顾其情绪、思想的变化毅然离开，没有通知他们，也没有采取任何的阻止措施，导致小立自杀身亡，给他们造成了损失，请求判令小芳赔偿老王夫妇俩5万元。

据了解，案发前俩人曾发生争吵，小立将女友小芳打伤，因此在小立自杀当日，小芳正在住院，且小芳的父母在医院陪同。

对于小立自杀前曾经给小芳发过诀别短信一事，小芳表示，因此前小立曾经有过一次要自杀的情况，当时经过劝说，小立打消了自杀的念头，因此对于此次小立发来诀别短信，小芳并没有意识到小立真的要自杀，也没想到小立真的会自杀，因此，小芳认为自己没有责任。

目前，此案正在进一步审理中。

北京密云法院:儿媳为争亡夫遗产造假公婆起诉调解结案

2013年11月29日 京华时报 裴晓兰

王先生遇车祸去世后,其父母、妻儿为争遗产对簿公堂,王先生的妻为了多分遗产还在字条上造假。记者昨天获悉,密云法院从家庭和谐的角度调解了此案。

王先生的父母起诉称,2011年10月,儿子王先生遭遇车祸去世,获死亡赔偿金80万元,他们的儿媳李女士将7万元的被扶养人生活费给付公婆后,余款一直据为己有,他们为此起诉儿媳李女士及孙子小王,要求依法分割儿子死亡赔偿金及小区的一个车库。

李女士辩称,关于死亡赔偿金已处分过,双方立有字条,写明除给付公婆7万元外,剩余73万元全部归小王所有,老人的两个女儿也都签字。

但两位老人称未见过此字条,他们的两个女儿称只在一张写明收到7万元的纸上签过字,上面没有关于73万元归属给小王的内容,怀疑是李女士后添加的。此后经鉴定,字条上后半句话确实是后添加形成。

庭审中,王先生的父亲和李女士均表示自愿将自己继承遗产份额赠与小王,而王先生的母亲则坚持要求分割遗产份额。经法官调解,最终确定车库使用权归小王所有,王先生母亲应继承的遗产份额20万元由小王给付。

三、一般审判动态

江苏省徐州市鼓楼区人民法院:虚假陈述:法律很生气 后果很严重

2013年11月03日 人民法院报 周琪 周秀峰

2013年1月1日开始实施的新民事诉讼法第十三条规定:“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。”这是较以往民事诉讼法新增的内容。近日,江苏省徐州市鼓楼区人民法院对2012年至2013年上半年当事人在案件中虚假诉讼、虚假陈述的情况进行调研时发现,纯粹虚假诉讼的案件非常少见,但当事人在民商事案件审理中作虚假陈述的几乎占到40%至50%,严重的虚假陈述约占10%左右。当事人的虚假陈述、虚假诉讼不但扰乱审判秩序,损害对方当事人的合法权益,也影响审判的公正高效,浪费司法资源,损害司法的权威及公信力。因此,正确适用民事诉讼法关于诚信诉讼的相关规定,打击虚假诉讼和虚假陈述,维护诉讼诚信,十分必要。

案例一:趁对方缺席时虚假陈述

基本案情:原告某电机公司与被告某风机厂存在多年买卖业务关系,2008年10月18日,被告给原告出具7.74万元货款欠条一份,原告以此起诉要求被告给付7.74万元,后追加诉讼请求至8.9万余元。

虚假陈述过程:该案第一次开庭时,被告无正当理由未到庭应诉,庭审中,法庭询问原告欠条出具后风机厂有无还款时,其陈述“一次都没有”。第二次开庭时,被告代理人到庭并提供若干收款、收条及退货单,原告对其其中两张分别为1万元的收条当庭予以认可,但对另一张1万元的收条和价值1.3万元的三张退货单予以否认,后经法庭认证,均作为被告已还货款的定案依据。法庭根据查明的事实,只支持了原告诉讼请求中的4.6万余元;判决认定与原告主张的事实相差4.2万余元。原告不服提起上诉,二审中原告撤回了上诉。

虚假陈述认定:本案中,原告利用被告不到庭的情况,否认被告在出具欠条后有付款及退货的事实,故意作出虚假陈述,欺骗法庭,试图让法院作出违背事实的判决,其行为构成故意陈述虚假事实情形。因此法院对原告下达了罚款决定书,罚款10万元。

案例二:故意虚构事实欺骗法庭

基本案情:王某租赁原告的两台压路机,设备价款87.5万元,首付租金17.5万元,租赁期间为18个月,每月20日支付租金4.1万余元。后因被告未按期给付租金,原告诉至法院。

虚假陈述过程:在原告与被告业务往来中,原告曾委托徐州某机械公司代其收取被告租金,某机械公司代表原告于2011年2月15日向被告出具了8.3万余元收条。原告陈述,该收条包含被告当日通过银行转账6万元及现金2.3万余元。被告则称该收条不包含银行转账的6万元,而是直接付现金8.3万余元并加转账6万元,当天付了14.3万余元。法院要求被告举证证明转账6万元的资金来源时,被告称他2011年2月14日从其银行卡取出3.2万元,再加上其手中的2万余元现金存入卡中用于转账。但被告提供的银行对账单显示2011年2月14日其银行卡支出3.2万元中的2万元系转账,并非王某所说的取现金。

虚假陈述认定:法院认为被告故意作出虚假否认,否定原告所述的收款8.3万余元事实,企图让法院认定被告除支付了8.3万余元现金外,还转账支付了6万元租金。本案中,被告虚假否认的同时还向法院故意虚构事实,对其付款6万元的来源也作虚假陈述。法院建议原告今后在出具类似收条时可以写明“收银行转账6万元及现金2.3万余元共计8.3万余元”;同时法院对被告作出罚款决定,罚款5万元。

案例三:虚假举证致使案件重审

基本案情:原、被告自2006年至2010年3月15日间存在承揽合同关系,原告为被告加工机械配件,双方未签订书面承揽合同,加工费为滚动结算。后原告认为被告欠款47万余元,为此诉至法院。

虚假陈述过程：原一审庭审中，被告提供了18万余元的收据，认为其付清了全部欠款。法院根据双方举证情况作出判令被告向原告给付加工费47万余元及逾期利息损失的判决后，被告提起上诉，并在原二审中另行提供合计金额为72万余元的付款凭证（其中包括票号为2041245的以房抵款14万元的收据、票号为2041246的承兑汇票30万元的收据），再次陈述加工费已全部付清。在原告对上述两张收据提出异议后，针对被告提供的上述证据，徐州市中级人民法院依法进行审查，被告当庭陈述上述票号的两张收据均系原告业务员崔某书写并提供，但经徐州中院向崔某调查，崔某只认可2041245号14万元收据的真实性，明确否认2041246号30万元收据系其书写并交付被告，且不认可已经收到该30万元。本案因有新证据发回重审后，开庭期间被告无正当理由将上述2041246号30万元收据撤回，并表示不再作为证据使用，但仍主张加工费已经全部付清。法院要求被告提供30万元收据中款项实际支付的证据，其一直未能提供。后法院支持了原告30万元的诉讼请求（原告因诉请全部欠款47万余元的证据不足），被告再次上诉后，徐州中院维持原判。

虚假陈述认定：被告在原一审中只提供付款18万余元的证据并陈述付清款项。在原二审中又提供了其他付款的证据，证明付清全款72万余元；这说明被告在原一审中存在虚假陈述。在一审法院重审开庭中，被告又撤回了原二审中提供的30万元收据，并虚假陈述付清了全部款项。法院判决被告应向原告支付30万元，被徐州中院维持，说明被告公司在发回重审案件中仍存在虚假陈述。被告的上述诉讼行为，违背了依法诚信举证、诚信诉讼的法律规定，被法院罚款20万元。被告向徐州中院提出复议，后被徐州中院维持。

■ 社会观察

扭转局面要依靠社会综合治理

江苏省律师协会理事、徐州市律师协会副秘书长刘建华说，自己从事律师职业二十多年，经历过各种各样的案件：十年前当事人在诉讼中进行虚假诉讼、虚假陈述的极少，但近些年这类情况已经变得有些司空见惯了。如夫妻离婚，丈夫不想多分给妻子财产，就找来兄弟或朋友虚构一个假的借款事实，在法院形成一个以调解为结案方式的案件来侵害妻子的利益，最终导致妻子向法院申请再审，要求撤销原已生效的民事调解书。还有的当事人担心虚假诉讼案件在法院会被识破，而转至去仲裁机关仲裁，通过作假案子来逃避责任。

刘建华说，以往在刑事诉讼中当事人作假证，可能会被追究伪证罪的刑事责任，但在民事诉讼中，由于原有的法律对虚假诉讼界定模糊、缺少法律规定，法院对发现的虚假诉讼行为或虚假陈述，一般只是判决驳回当事人的起诉或诉讼请求，当事人虚假诉讼或作假证的成本和代价很低，因此这类事件愈演愈烈，这不但浪费了司法资源、影响了司法权威和司法公信，还有可能因虚假诉讼造成审判最佳机会的错失，造成被告方转移财产、侵害权利人利益，从而引发信访案件。

对于律师参与虚假诉讼的情况，刘建华建议，法院如果发现一起就应当处罚一起，可以通过函告、司法建议的方式向律协反映。同时，作为律师，一定要在合法基础上正当行使权利。

徐州市鼓楼区政协委员顾爱军提出，虚假诉讼和社会诚信缺失有直接关系，这是社会的一种羞耻，但在时下，诚信缺失却成了我们社会的一个“见怪不怪”的顽症。出现在诉讼活动中的虚假陈述等违法行为，有的已经严重妨碍了正常的诉讼秩序，甚至造成案件的发回、改判，如果仍然对其听之任之，则会造成对司法权威的挑战，减弱社会对法律的敬畏感和对法律的信仰。

顾爱军认为，要从根本上扭转这一局面需要依靠社会的综合治理，要在全社会建立诚信机制：从教育方法上可以加强道德建设和普法宣传；从技术手段上可以对公民建立个人诚信档案、对社会机构建立诚信系统；从司法规制上可以建立司法强制措施与社会诚信系统相联动的机制和法律法规，可以将诚信诉讼状况加入到公民个人信用档案系统，一定程度上对有失信的人在升学、就业、参军、个人（家庭）消费、经济往来、出国出境等方面进行限制，以减少和打击失信行为。

徐州市鼓楼区铜沛街道办事处人大工委主任王福华、人大代表付化友认为，新的民诉法对于诚信诉讼提出了新的要求，对于防范和查处虚假诉讼也作了更详细的规定，但对于基层群众来说，大家了解得还不够。他希望法律工作者能够将相关法律规定、典型案例、法律解读等制作成书面材料，通过巡回审判、法律咨询等活动，带进社区，更广泛地向基层群众宣传，借助媒体，更广泛地向社会宣传，形成“从我做起、从律师做起、从全社会做起”、让自己有自觉性、对他人有监督性的良好局面，以达到“治未病”的目的，进而推进和谐、稳定、诚信社会的建设。

■ 专家观点

对虚假诉讼“零”容忍

江苏师范大学法学院教授王玉明说，我国法律的基本原则是“以事实为依据，以法律为准绳”，虚假诉讼或虚假陈述都是对法律原则的冲击和践踏。当事人虚构事实、虚构法律关系、提供虚假证据和提起虚假诉讼，这种通过合法形式来掩盖非法目的获得非法利益的行为对社会诚信和司法公信危害极大。

现行的司法环境中，人民法院应当对虚假诉讼“零”容忍，法官要有更多技巧来查明、防范虚假诉讼和虚假陈述；检察机关应当加强民事、行政案件的法律监督；律师应当加强职业道德，在执业中要维护被代理人的合法权益，但不能违反法律、帮助当事人践踏法律，不能变成当事人的“讼棍”。

■ 现状解读

虚假陈述表现形式

虚假陈述是指案件当事人为了获得非法利益，故意陈述虚假案件事实，或者故意虚假否认、虚假自认，严重影响民事诉讼的行为。其主要表现形式有：

1. 故意陈述虚假的案件事实，这是虚假陈述的典型形式。部分当事人利用案件证据不充分、无法证明当时客观事实的情况，在诉讼中故意陈述有利于己方利益的案件事实，以达到有利于本方的诉讼目的。

2. 虚假否认，这是纯粹意义的虚假陈述。表现为一方对于对方当事人指出的案件事实毫无诚信地矢口否认，即使对方提交了充分证据或者法院依法调查取证也予以百般抵赖。

3. 虚假自认。民事诉讼上的自认是指一方当事人对对方当事人陈述的内容和提交的证据表示认可接受。根据民事诉讼中的自认制度，法官对当事人无争议的事实和证据可作为裁判依据。虚假自认在诉讼中危害极大，法官容易受到这些虚假事实的干扰而作出错误的认定。

4. 诉讼欺诈。诉讼欺诈是指在民事诉讼中，行为人以非法占有为目的，作虚假陈述、提供虚假证据或串通证人或其他诉讼参与人提供伪证，使法院作出有利于自己的判决，从而获得财物或财产上不法利益的行为。

针对当前在民商事案件中当事人作虚假诉讼、虚假陈述情况较为严重，而一般公众对新民事诉讼法相关诚信诉讼要求、法律规定及处罚措施并不十分了解、需要广泛宣传的情况，2013年9月24日，鼓楼区法院通报了三起在民商事诉讼中作虚假陈述的案件，同时对当事人作出了处罚决定，并及时组织了有法官、学者、律师、人大代表、政协委员和社会媒体参加的打击虚假诉讼、建设诚信诉讼秩序座谈会，与会人员对打击虚假诉讼、打击虚假陈述，建设诚信诉讼秩序和诚信社会给予了肯定和支持，发表了各自的观点。

■专家建议

民商事案件要当判则判

鼓楼区法院副院长刘君一谈到，虚假陈述概念并不是现在才有，“从实招来”、“老实交代”的说法自古以来就伴随而生。辨别虚假陈述、虚假诉讼也是法官一直以来在审判中都在做的去伪存真的一项有些难度的工作。虚假诉讼问题较以往严重，除了社会道德滑坡、人们的诚信意识下降、社会诚信机制不健全等原因外，在诉讼阶段过于强调调解，也会给虚假诉讼、当事人提供虚假证据创造可乘之机。

刘君一认为，法官审判应当正确理解和适用法律，司法审判的价值在于通过依法、公平、公正的类案审判促进社会整体的和谐，而不是追求个案当事人之间的和谐，处理民事案件能调则调、当判则判。法官对待当事人的陈述和举证，可以借助查明相关事实、证据、当事人关系、指证标的物的来源等专业化审判技能，开展更多、更细的质证、深入细致的调查，查明事实，使法律真实更加接近和反映客观真实。

对于虚假陈述的预防，刘君一认为，民事诉讼可以借鉴刑事诉讼中证人签署保证书的形式，法院对诚信诉讼、如实陈述等内容进行告知，当事人作书面承诺、当事人宣誓等，可能会有更好效果。同时法官也要厘清诉讼活动中的正当辩解与虚假陈述的区别，对于这二者的区分，主要从主观上是否存在恶意、是否以非法占有他人财产为目的，客观上是否实施了法律所禁止的行为、是否情节严重等几方面来考察。对于查明的虚假诉讼、虚假陈述，法院要加大打击力度，不但要进行处罚，而且处罚决定的执行也要到位；对于诉讼欺诈构成犯罪的，还应移送公安机关追究刑事责任。总之，随着新民诉法的实施，对于虚假诉讼、虚假陈述一定说“不”。

■法律链接

中华人民共和国民事诉讼法

第一百一十一条 诉讼参与人或者其他有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

(一) 伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；

(二) 以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的；

(三) 隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产，或者已被清点并责令其保管的财产，转移已被冻结的财产的；

(四) 对司法工作人员、诉讼参加人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人，进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的；

(五) 以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的；

(六) 拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的。

人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第一百一十二条 当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的，人民法院应当驳回其请求，并根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第一百一十三条 被执行人与他人恶意串通，通过诉讼、仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定的义务的，人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第一百一十五条 对个人的罚款金额，为人民币十万元以下。对单位的罚款金额，为人民币五万元以上一百万元以下。

拘留的期限，为十五日以下。

被拘留的人，由人民法院交公安机关看管。在拘留期间，被拘留人承认并改正错误的，人民法院可以决定提前解除拘留。

江苏省常州市武进区人民法院调研动态：短信证据认定存难 配套法规亟待完善

2013年11月18日 人民法院报 曹利勇

随着手机短信在人们日常交往中的普及，越来越多的诉讼当事人将其作为一种证据来证明案件事实。

2010年7月1日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合制定了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》，将手机短信列入电子证据，并对刑事案件中如何认定该类证据作出详细规定。

新修改的《中华人民共和国民事诉讼法》，将“电子数据”纳入民事证据类型，但并未对数据类型和如何认定等问题做出详细说明。

江苏省常州市武进区人民法院调研发现，手机短信证据认定存在三个方面的问题：

一是主体身份确认难。《中华人民共和国电子签名法》第八条将“用以鉴别发件人方法的可靠性”作为考量电子证据真实性的因素之一。但号码未实名登记、号码的所有人与使用人不一致等情况，为确认手机短信发送人的身份带来了困难。

二是短信内容核实难。手机短信是用特定的二进制编码（数字编码）记录的信息，易修改，且修改的隐蔽性强，特别是转存在文件夹和草稿箱的短信被编辑、修改的可能性极大。如何对瑕疵短信进行真实性、合法性审查，成为审理中不得不面临的问题。

三是客观证据提取难。理论上，电信运营商应成为短信证据的最好提供者。但实际上，由于我国有关手机短信传输、存储、查询方面的法律法规尚不健全，在法院取证时，电信运营商基于用户隐私、短信保存成本等方面的考量拒绝法院的要求，这给法院的调查取证造成困难。

对此，武进法院建议：

应构建“一对一”实名通信环境。从严落实手机用户实名制政策，从源头上规避人号不一或无主号码带来的法律风险。对于未进行实名验证的手机短信，提供证据方当事人应对上述对应关系承担举证责任，帮助确定短信主体身份。

建立第三方短信中介平台。建立健全有关短信传输、存储、查询方面的法律法规。以电信运营商为依托，在保障用户隐私的基础上，通过规范短信存储方式、介质、时限等内容，一方面在客观上保证短信内容的原始性、真实性，另一方面也为法院提取短信证据创造有利条件。

完善短信证据专项收集制度。据了解，侦查机关将“手机短信截图+原始可移动储存介质”作为手机短信证据的规范收集方法。建议在民事案件中，在借鉴上述收集方法的基础上，对手机短信证据收集和保管方法单独作出规定。

北京二中院：系统提示+短信提醒 北京二中院规范执行财产续封续冻管理

2013年11月25日 人民法院报 詹同 田海雁

北京市第二中级人民法院在2013年初研发应用执行财产续封续冻管理系统的基础上，日前又成功开通了与该系统配套的手机短信提示功能，实现了系统与承办法官移动办公平台的成功对接，以更具人性化的方式有效避免执行中可能存在的风险。

为规范法官执行行为，强化执行财产续封续冻管理，有效防范廉政风险和渎职侵权行为发生，实现执行风险动态防控。2013年初，该院创新执行工作管理，首创以信息化方式全程管理和监控执行工作关键环节，研发了执行财产续封续冻管理系统。该系统投入使用后，承办法官每次登录系统，即将到期财产明细提示框便会自动弹出，首次实现了对执行财产的系统化管理，有效发挥了对执行工作关键环节的提示和管理功能。

为确保财产续封续冻管理系统切实发挥随时随地提示作用，该院深入推进软件二期开发工程，将管理系统与手机平台对接，以手机短信形式向承办法官提示期限即将届满的续封续冻事项。手机平台开通后，执行员无须每日登录系统，只要在收案时将案件财产信息录入，系统就会在后台自动区分财产类型、本地外埠等基本情况，同时计算出到期日和提醒日，在查封冻结到期前半个月或一个月向承办法官个人手机发送提示信息进行第一次提醒，并在到期前七天再次发送信息进行第二次提醒。无论承办法官在何地，均可收到准确提示，使系统提示切实实现全天候无缝隙功能。

手机短信提示与管理系统的成功对接，实现提示无须登录系统，合理期限内两次提醒功能，且取代了传统的手工记录办理财产续封续冻的方式，消除了因忘记续封续冻造成财产流失，引发涉嫌渎职侵权的隐患，提高了执行工作的案件质效，维护了当事人的权益，为执行法官分担了工作压力，更加便于他们办理财产续封续冻工作，已经成为协助承办法官合理安排工作的重要抓手。

系统提示+短信提醒对执行工作中存在的涉嫌渎职侵权风险起到了“安全阀”与“防火墙”作用，为执行财产

三、立法动态

参与百余件涉及妇女利益的法律和政策制定修改 妇联持续推动立法保护妇女权益

2013年10月28 法制日报人大立法 陈丽平



过去的五年,是我国民主法治建设取得重大发展和长足进步的五年。这期间,中国特色社会主义法律体系如期形成,社会主义经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态文明建设实现有法可依。

伴随中国特色社会主义法律体系的形成,五年来,全国妇联源头维权工作实现了从推动完善立法到促进法律实施的全过程、全方位参与和推进。

紧跟国家立法进程 源头维权广度拓展

五年来,全国妇联依据法律赋予的权利和组织章程的规定,围绕十一届全国人大常委会的立法工作计划,先期部署、统筹规划源头维权工作,主动、及时跟进国家立法和政府决策进程。

五年来,全国妇联共参与刑法、人民调解法、侵权责任法、农村土地承包经营纠纷调解仲裁法、村民委员会组织法、社会保险法、婚姻法司法解释(三)等百余件次涉及妇女利益的法律和公共政策的制定、修改,代表妇女利益提出建议,旗帜鲜明地提出严厉打击拐卖妇女的违法犯罪行为、保护农村妇女土地权益、提高农村妇女参政比例、发挥妇联组织在人民调解中的作用等意见建议,被立法机关和相关部门采纳,使男女平等基本国策和社会性别意识在法律政策中得到切实体现,促进保障妇女权益法律法规政策体系不断完善。

法律的生命力在于实施。立法解决了有法可依的问题,但只有法律得到有效实施,才能切实维护法律的权威和妇女的权益。

近年来,全国妇联将加强法律监督、促进法律贯彻落实作为源头参与的关键环节,认真研究不同妇女群体普遍性、规律性问题,通过议案、提案、调研报告、信息报送等形式,积极向党委、人大、政府、政协和有关部门提出具有针对性和可操作性的对策建议,如男女同龄退休、取消嫖宿幼女罪、保护农村妇女土地权益、综合治理买方市场打击拐卖妇女儿童犯罪、对妇女法实施情况进行执法检查等,使立法机关和政府部门办理提案议案的过程成为推动妇女权益保障工作的过程。

为了促进妇女权益保障法律不断完善,全国妇联开展了以社会性别视角评价我国妇女儿童权益保护法律社会效果的立法后评估,对相关法律制度的科学性、法律规定的可操作性、法律执行的有效性等进行分析研究,作出客观评价,为下一步继续修改完善我国妇女权益保障法律制度、满足妇女群众对法律保护的需求提供了科学依据。

突出重点加强研究 源头维权深入推进

在源头参与工作中,全国妇联注重科学调查和理论研究的常态化,形成了翔实的调查报告和丰富的理论研究成果,同时,有效发挥维权特聘专家在专业领域的优势力量,不断提高源头参与质量,主动推进了一批重点领域的立法,使妇女权益法律保障提高到一个新水平。

2008年,全国妇联首次在两会期间提出将制定反家庭暴力法列入全国人大常委会立法工作计划的建议,标志着全国妇联集组织力量全力投入反家暴立法的推动进程。

在十一届全国人大常委会任期内的五年中,全国妇联每年都坚持不懈地提出这项立法建议,并且主动承担了立法前的基础性准备工作,包括广泛开展社会宣传,独立或联合全国人大内司委、全国人大常委会法工委和全国政协社法委进行实地调查,配合立法机关开展立法论证,开展多项数据调查,组织深入的理论研究,起草法律草案建议稿,

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报——分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得
征集相关部门及公众意见,探索多部门合作反家暴工作机制,总结国内外有效经验,为反家暴国家立法奠定了坚实的思想基础、理论基础、实践基础。

2012年,反家庭暴力法终于列入全国人大常委会立法工作计划,2013年被列入新一届全国人大常委会立法工作计划。

这是继妇女权益保障法制定20年来全国妇联再次推动全国人大常委会将制定一部新的保护妇女权益法律列入立法工作计划。这部法律如出台,将填补我国对公民婚姻家庭领域法律保护的空白,造福亿万妇女及其家庭。

全国妇联还抓住国家完善社会保障制度的重要契机,积极参与社会保险法的制定,就生育保险的顶层设计建言献策,保障女职工生育期间获得经济补偿和基本医疗保险服务,促进妇女公平就业。特别是促成将职工未就业配偶纳入生育保险覆盖范畴,彰显了社会保障的公平性,符合人民群众利益,为生育保险制度的推行赢得了更多社会共识。

《女职工劳动保护特别规定》是近年来在社会产生重大影响的妇女权益保护行政法规。作为妇女权益保护的重点领域,全国妇联始终高度关注这部法规的立法过程。在深入研究妇女劳动权益中的重点问题、认真了解女职工需求和恰当借鉴国际先进做法的基础上,既注意保护女性劳动者的现实利益,又充分考虑到女性未来发展的要求,在女职工禁忌劳动范围、防治工作场所性骚扰等方面提出建议,被正式颁布的《女职工劳动保护特别规定》采纳,成为法规颁布后广受社会关注的突出亮点。这部法规第一次在立法中明确将预防和制止对女职工的性骚扰作为用人单位的一项责任。

加强指导鼓励创新 地方立法硕果累累

全国妇联在积极推动国家制定修改了一批与妇女权益密切相关的法律法规的同时,也加强了对地方妇联参与立法工作的指导和支持。

全国妇联推动31个省区市全部完成了妇女权益保障法实施办法的修订工作,将国家法律的规定具体化。各地实施办法的修改在保持原有体例不变的基础上作了较大幅度修改,有的地方的实施办法新增条款达一倍之多,内容上注重强调地方各级政府、各级政府妇女儿童工作委员会及有关部门的职责,甚至从经费保障、人员保障等方面作了细致的规定,既反映了妇女权益保障法修改的重点,又充分结合了地方实际,而且还吸收、借鉴了近年来保障妇女权益理论的重大研究成果和先进理念,更加具有时代特色。

五年来,全国妇联还指导28个省区市制定了反家暴地方性法规或规范性文件,对家庭暴力的概念作出了更加广泛的界定,规范了处理家庭暴力投诉案件的原则、程序,明确了各有关部门的职责,设置了专门的预防和制止家庭暴力工作机构,不仅及时保护了当地受到家暴的妇女的合法权益,也为国家立法积累了有益的经验。

全国妇联鼓励地方借鉴国外先进经验在性别平等立法方面也取得突破。我国内地首部性别平等地方性法规《深圳经济特区性别平等促进条例》的出台,以地方性法规的形式明确了性别平等的含义,创设了促进性别平等的工作机构,建立了反性别歧视制度、性别统计制度、公共政策性别分析评估制度和性别预算制度。这种变单性别保护为多元化性别平等规范的立法模式,开创了我国内地性别平等立法的先河,为国家层面的立法积累了经验。

全国妇联还鼓励江苏省建立了政策法规性别平等咨询评估机制,通过推进保障妇女合法权益的立法、执法、司法等领域的理论研究和实务研讨,特别是从审查评估政策法规制定和执行中合法性、合理性、科学性、实效性的层面,加强对妇女生存发展切身利益和重大问题的关注和研究,推进社会性别平等理念纳入决策主流,纳入法律和公共政策体系,切实保障妇女的合法权益。

妇女名字写入农村土地权证应制度化

2013年9月25日 中国妇女研究网 王春霞

本报记者王春霞 发自北京 近日,全国妇联权益部组织全国人大法工委、民政部、国务院法制办、国土资源部、农业部等部门相关司局的领导和专家以及联合国儿基会项目官员对“土地登记中的农村妇女土地权益保护”项目试点工作进行评估。项目探索了将妇女名字写入土地承包经营权登记证的现实途径,提出政策建议,积累了妇联组织配合参与土地承包确权登记工作的经验,大家对项目实施的具体做法和研究成果给予充分肯定和好评。全国妇联权益部部长蒋月娥主持了项目评估会议。

“土地登记中的农村妇女土地权益保护”项目由全国妇联权益部与农业部相关司局合作,通过调查和实证研究,探索健全和完善有性别视角的农村土地承包经营权登记制度,为从源头维护和改善妇女的土地权利状况提供依据。

辽宁省清原县草市镇作为“土地登记中的农村妇女土地权益保护”项目全国第一个试点地区,于2012年11月份正式启动,经过宣传培训、分性别问卷调查、核对土地承包相关信息、进行确权登记并发证、撰写研究报告等五项主要活动,于今年7月份完成项目活动。

项目在辽宁省清原县草市镇东大道村进行了将妇女名字写在土地承包经营权登记证上的试点。东大道村有土地面积1474亩,农业户口97户。项目遵循农村土地政策“长久不变”原则,村里在新测量的各家各户实际土地面积的基础上,建立了新的土地台账,参考原台账,以新台账为准,按照二轮土地发包的合同进行登记。东大道村97户农户经村委会申报,有97名妇女名字除写入农村土地承包经营权登记证共有人栏内外,还首次写入了代表

人栏内。其中有2户后嫁来的妇女，在二轮土地承包时在本村没有土地，本次登记时，经过申请程序，家人也同意将她们的名字写在登记证上，同时写在代表人栏内。

在项目试点取得成功的基础上，辽宁省农委专门制定下发《辽宁省农委关于农村土地承包经营权登记有关问题的意见》，对包括“承包经营权代表人及共有人登记问题”在内的登记工作中有关政策进行明确。

项目试点地区通过多种宣传形式拓展项目效果，使其成为促进社会性别平等，维护农村妇女权益的社会大项目。在项目启动时的第一次座谈会上，参加座谈的村民（包括女性）都对妇女名字登记在代表栏内不太在意。通过宣传，这种认识发生了很大变化。如在被调查的农村妇女中，有54.8%的认为在户主代表一栏应当将夫妻名字都写上，在被调查的男性农民中，有40%的同意将妻子名字填写上。

据介绍，项目形成了初步的政策建议，如应加强农村土地承包经营权证的发放和日常管理工作，通过宣传教育不断增强土地维权法律意识，突出对外出务工和离婚妇女土地权利的法律保护，探索土地承包经营权证共有人登记制度。结合现实中存在的一些涉及登记的其他问题，项目组还建议，在建立土地承包经营权证共有人登记和将夫妇名字共同写入代表人栏的制度同时，还应制定更完善的其他相关配套政策，制定详细周密的登记方案，防止因登记出现新的纠纷，制定或建立完备的登记和变更登记制度等。

相关链接

扬州有效维护农村特殊妇女土地权益

今年年初，江苏省扬州市妇联在全市范围内开展调查，掌握离异、丧偶妇女和女儿户的分布和土地承包经营等各项权益的分配情况。经调查，全市离异、丧偶以及女儿户共有10万余人，外来妹2200余人，其中约有2.1%的妇女和2.3%的外来妹没有享受到土地承包权及其收益分配、土地征收补偿等权益，还有相当一部人只享有部分权益，没有完全实现男女同权。为此，全市各级妇联积极作为，联合职能部门，有效维护农村特殊妇女土地权益。

一是引导妇女提高自我维权意识能力。向妇女宣传有关农村土地政策法规，使她们知法、懂法、守法。

二是各方尽责形成立体维权态势。市妇联、农工部、民政局、法院等四部门共同出台了《关于切实维护农村妇女土地承包权益的意见》。各级民政部门结合村民委员会换届工作，加大对村规民约中歧视、侵害妇女权益条款的审查和修订。农工部门结合土地确权颁证工作，将妇女的姓名加入到共有人栏目，实现每位妇女“登有其名、名下有地”的目标，目前，江都、高邮、宝应、仪征确权工作已基本完成，并近乎100%实现每位妇女“登有其名、名下有地”的目标，其他各地正在有序推进之中。

三是有效实现个案维权。宝应县妇联将调查的全县93个离异等特殊妇女进行全面摸底，及时向农工部门反馈她们没有土地的真实情况，合力化解纠纷矛盾。据了解，全市约有30名妇女通过协商、调解的途径，实现了自己的土地权益。

“反家暴立法专家咨询会”召开 谭琳出席并讲话

2013年11月21日 中国妇女报

本报消息 为了贯彻落实中国妇女十一大会议精神，进一步推进反家庭暴力法的立法进程，在“国际反家庭暴力日”即将到来之际，中国妇女研究会日前召开了“反家暴立法专家咨询会”。全国妇联书记处书记、中国妇女研究会秘书长谭琳出席，并认真听取了来自中国社科院、北京大学、中国政法大学、中华女子学院、北京帆葆以及全国妇联研究所的专家学者的意见和建议。

谭琳强调，党中央提出要坚决贯彻男女平等基本国策，在立法决策中充分体现性别意识，在改善民生中高度关注妇女需求，在社会管理中积极回应妇女关切，使男女平等真正体现到经济社会发展各领域、社会生活各方面，为推进反家暴立法创造了新机遇。谭琳对专家们的积极参与和信息分享给予了充分肯定，希望各位专家一如既往地支持和推动反家庭暴力法的立法进程。一要抓住有利时机，有针对性地进行宣传倡导。希望专家学者能够利用丰富的专业知识，针对社会上存在的模糊认识，用社会公众能够接受的语言进行有效的引导，为推动反家暴立法营造良好的社会环境。二要开展有针对性的研究，为反家庭暴力法的制定贡献知识和智慧。要抓住有理论和实践基础、现实需要、又可操作的内容，充分吸纳已有的专家建议稿的意见，并借鉴28个省区市反家暴法规和政策的成功经验，不断完善立法内容，制定具有中国特色的反家庭暴力法律。

与会专家一致认为，家庭暴力是损害社会肌体健康发展的顽症，需要立法治理。反家暴立法不仅要加大对家庭暴力犯罪的惩治，更为重要的是要出台有效预防和制止家庭暴力发生的措施。它应充分体现中国在人权保障方面的进展和成就，体现中国国家治理在社会和家庭领域的措施和底线。

国土部研究落实不动产统一登记工作 将起草《不动产登记条例》

2013年11月26日 法制日报政府法治 郅建荣

国土资源部积极回应不动产登记职责整合由一个部门承担的国家要求，今日，该部表示，将梳理评估不动产登记有关法律法规政策，研究起草《不动产登记条例》、《不动产登记办法》等。

国土资源部透露，近日，该部召开部长办公会，研究不动产统一登记工作。

据悉，国务院第31次常务会议决定，要将分散在多个部门的不动产登记职责整合由一个部门承担。由国土资源部负责指导监督全国土地、房屋、草原、林地、海域等不动产统一登记职责，基本做到登记机构、登记簿册、登记

依据和信息平台“四统一”。行业管理和不动产登记监管等职责继续由相关部门承担。对此,国土资源部表示,该部将加快形成权界清晰、分工合理、权责一致、运转高效、法治保障的不动产统一登记体系,完善制度机制,提高行政效能,更加便民利民,保障不动产交易安全,有效保护不动产权利人的合法财产权。

对于不动产统一登记,国土资源部将着手建立国家不动产统一登记协调机构和工作机构;梳理评估不动产登记有关法律法规政策,研究起草《不动产登记条例》、《不动产登记办法》等;制定不动产登记技术规程和数据库标准,整合建立不动产登记信息管理基础平台;加强沟通协调,做好国家层面有关不动产登记衔接工作;此外,做好宣传工作,把握舆论导向,强化对地方的督导和指导,确保地方按照中央统一要求尽快开展不动产统一登记工作。

国家级家庭暴力危机干预中心启动 将为反家暴专门立法提出建议

2013年11月27日 法制日报人大立法 陈丽平

全国妇联今天在京举行中澳项目国家级“家庭暴力危机干预中心”启动研讨会。这一中心将为反家暴提供有价值的社会调研情况,并提出相关立法建议,推动反家暴专门立法。

全国妇联书记处书记谭琳出席并致辞。谭琳指出,家庭暴力是一个受到国际社会特别关注的社会问题。消除家庭暴力,是实现国家进步、社会和谐、家庭文明、人民幸福的必然要求,目前我国政府已将反家庭暴力的工作目标写入2011-2020年妇女发展纲要和儿童发展纲要,纳入各级政府工作的评价指标体系,全国人大常委会已将反家暴专门立法列入新一届人大立法规划,党的十八大报告中首次写入“坚持男女平等基本国策”,为进一步推动我国反家暴工作提供了良好的政策环境和难得的机遇。

谭琳强调,中澳项目依托中华女子学院设立的国家级家庭暴力危机干预中心,要发挥高校的专业优势和学科资源,组建多部门、多地域、跨学科的专家学者团队,整合各方面社会资源,搭建致力于我国家庭暴力危机干预服务和研究的平台,在加强反家暴的国际合作交流和研究上下功夫,在实践总结家暴危机干预服务和研究的本土经验上下功夫,在针对重点人群持续开展宣传倡导和培训上下功夫。

中澳人权技术合作项目建立在1997年中澳两国政府间的人权对话基础上,其中“妇女问题法律培训”子项目的负责单位是原澳大利亚国际技术开发署(简称“澳发署”,现已并入外交贸易部)和中国的外交部,执行单位是全国妇联、澳大利亚人权委员会,至今已执行14个年度计划。在推动反家暴立法、借鉴国际反家暴实践经验、开展决策层理念倡导和人员培训等方面都取得了明显效果。

2013年至2016年,中澳双方决定合作开展家暴危机干预中心试点项目,通过试点探索在国家一级形成家暴危机干预的研究中心和资源库,为全国反家暴工作提供针对性技术支持,在基层建立符合中国实际的反家暴宣传与危机干预服务的有效工作模式,填补当前我国反家暴工作机制中的空白。

全国妇联权益部部长、全国妇联法律帮助中心主任蒋月娥主持会议。

四、媒体典型案例

(一) 解除婚姻关系案例

北京通州区法院: 智障妻子为生娃 终与智障丈夫离婚 双方均由母亲作为代理人参与诉讼

2013年11月05日 北京晚报 实习记者 严琪 通讯员 刘文

27岁的薛女士为三级智力残疾,丈夫梁某为二级智力残疾,二人结婚后共同生活了三年,而最近一年多的时间里,薛女士二次起诉离婚。近日,通州法院审理了此案。

因薛女士为智力残疾,其母亲张某作为法定代理人参加了诉讼,张某诉称女儿薛女士为智力三级残疾,与梁某结婚后,上了培智学校,生活基本能够自理,还有了一份工作,但梁某的父母不懂照顾薛女士,还要求薛女士下班后做繁重的家务,梁某有更重的二级智力残疾,生活中处处以自我为中心,因智商问题无法体谅妻子,所以要求离婚。

被告梁某辩称其不同意离婚,愿意在以后的生活中更多照顾薛女士的感受。梁某的父母作为法定代理人称,薛女士在与梁某结婚之前因为没有在培智学校进行过学习,生活无法自理,与梁某结婚后自己出资让两个孩子学习,现在两个孩子在生活中逐步自理,还有一份工作。儿子虽是二级智力残疾,但作为父母已经尽到最大的努力对两个智障的孩子进行照顾。儿媳妇两次起诉离婚,令他们实在无法理解。

经过法庭多次调解,薛女士母亲张某终于道出要求离婚真正原因,张某称薛女士的残疾是后天造成的,不会遗传,但是梁某的残疾是先天的,可能会遗传。女儿和梁某一起生活三年多一直没有生育子女,梁某的残疾较为严重,也许永远不能生育,但是自己希望唯一的女儿能够生育一个孩子,自己也在想办法为女儿寻一门更好的亲事。

了解了张某的真实想法后,梁某的父母虽然不希望小两口离婚,但是对张某的想法表示理解。之后,梁某的父母同意两人离婚,双方达成了离婚的调解协议。

福建宁德市霞浦法院: 师太出家19年不肯离婚 丈夫诉其未尽妻子义务

2013年11月11日 中国江苏网 杨玉娟 赵美珠

檀香袅袅,木鱼声声,长伴青灯古佛,这19年来,68岁的静安师太在宁德霞浦一座深山的寺庙里过着清静的生活。如果不是年近8旬的丈夫突然起诉离婚,出家多年的静安师太,可能都忘记了自己尘世中还有个“李秀英”的身份,还有个“完整”的家。

丈夫为何时隔 19 年后，突然提出离婚？似乎早已看破红尘的师太为何反而不肯离婚？是留恋红尘，还是另有隐情？不管结果如何，两人的婚姻还是在这个月走到了尽头。而横亘在两人之间的财产问题，是否又会因为“出家人”这个身份而与其他人有所不同？

结婚 33 年

妻子出家削发为尼

1961 年，静安师太还叫李秀英，仅仅只是个 16 岁的少女。那个时代，16 岁的女孩已经到了待嫁年龄。那一年的春天，她经人介绍认识了 24 岁的陈达。第一次见面时，彼此互有好感。经过一段时间的相互了解，两人于当年年底，步入了婚姻的殿堂。

婚后 4 年，两人诞下一子，此后，又育有两女，日子过得平静安稳。一晃三十多年过去了，孩子都已经成年，连孙子都有了。人到黄昏，就在丈夫陈达以为可以好好享受天伦之乐时，却发生了一件让他难以接受的事。

原来，李秀英一直信仰佛教，每日在家诵经念佛。对此，陈达并不阻止。但随着年月的增长，家也成了，儿孙也满堂了。与此同时，李秀英觉得烦恼和痛苦也与日俱增，她便萌生了远离尘世羁扰，遁入佛家空门的念头。

她的想法和陈达发生了巨大的冲突，两人发生了争吵，不管陈达如何苦苦哀求，李秀英坚称一生洒扫庭院，长伴青灯古佛，才是她最好的归宿。

更让陈达难以接受的是，1994 年，李秀英真的抛夫弃子放下一切只身一人离家出走，到霞浦县一座深山的庵堂里削发为尼，法号静安师太，预示着一世清静，不再过问世俗。

自此之后，双方互不联系。李秀英在寺庙吃斋念佛偶尔回娘家，但从不回夫家，陈达也从不去庵堂看望妻子。两人就此别过 19 年。

出家 19 年

她收到了离婚传票

2012 年 9 月的一天，陈达悄悄地跑到了霞浦法院起诉，要求与做尼姑的妻子离婚。但因无法提供妻子确切的住址因而撤诉。这一切，李秀英被蒙在鼓里。但是，陈达并未就此放弃，在寻得妻子地址后，他于今年 7 月 5 日，再次跑到法院起诉离婚。此时，他已经 76 岁了。

然而，两人早已名存实亡的婚姻并没有直接结束。正在庵堂里修佛的李秀英收到一张离婚传票后，拒绝离婚。

面对这个起诉离婚，法官满是疑问。照理说，陈达的妻子已经出家了 19 年，他完全可以在更早的时间，提出离婚要求，而为何在漫长的 19 年后才提出离婚？同样的，李秀英既已出家，尘世婚姻定是不眷恋了，又为何反而拒绝离婚，难道她还留恋红尘？

带着疑问，霞浦法院适用简易程序公开开庭进行了审理。已是满头白发的陈达出庭站在原告席上，而李秀英认为身为佛门弟子，出庭有碍观瞻，为此她委托了法律援助中心的律师代为出庭答辩。

庭审上，陈达提出的离婚理由是，李秀英当年跑去庵堂当尼姑，不管家里，分居多年，他四次病危住院动手术，李秀英没有尽到妻子的任何责任，现在两人已无感情，所以起诉离婚。但是，这个理由被李秀英的律师反驳了，因为李秀英拒绝离婚。

房产纠纷

成为“案中案”

李秀英认为，丈夫想和自己离婚的原因不是他生活起居无人照顾，也不是自己没有尽到妻子的责任，更不是双方分居生活达 19 年之久的缘故，而是 2008 年 3 月间，双方共同所有的坐落在霞浦县松城街道的一处旧房屋与他人共同开发拆除重建，因为这处房屋丈夫才要和她离婚。

原来，早年陈达与李秀英在霞浦县松城街道有一套共有的旧房。这套房子与他人共同开发拆建，建成两幢四层半砖混结构的房屋，房屋建成后，开发商与陈达夫妻各得一幢房屋。房屋总共 4 层，建筑面积达 400 多平方米。

开发商还支付陈达夫妻旧房拆建补偿款 16 万元。陈达取走了其中的 4 万元补偿款，余下 12 万元补偿款全部用于该房屋的装修。

李秀英认为，房屋装修竣工后，陈达迁入居住，便自认为拥有了这份房产，身价百倍，虽年逾古稀，却经不起诱惑，竟萌生弃妻再娶之念。因此才要和她离婚。

但是，庭审上，李秀英的辩护律师并没有提供此方面的证据。原来，李秀英不愿意离婚是因为这个“案中案”。

法院判决

52 年的婚姻戛然而止

对此，霞浦法院审理认为，被告李秀英具有宗教信仰自由，但其作为原告陈达的妻子，已和原告分居生活 19 年，双方互不履行夫妻的权利和义务，属《婚姻法》规定的其他导致夫妻感情不和的情形，认定原、被告夫妻感情已破裂。

被告李秀英经法院合法传唤，无正当理由未到庭参加诉讼，法院依法缺席审理、判决准予双方离婚。

至于房屋，由于已经经过拆除重建，产权范围实际已发生变更，双方当事人均无法提供变更后的房屋产权证书，法院无法查明双方共同房屋产权的实际范围，所以此案对此不予涉及。双方可以另行起诉。

面对这个离婚的结果，李秀英不服，委托律师上诉到宁德中院。

近日，宁德中院认为双方夫妻确已破裂，再无复原可能，维持原判，准许二人离婚。

两人维系半个世纪的金婚终于走到了尽头。

然而，摆在两人面前新的问题是，两人婚姻存续期间的那套房产该如何分割？两场离婚申诉中，两人都提出这个要求，至于怎么分割则为此后的另一场官司埋下了种子。

这次离婚官司当中，法院虽然没有审理这块，但不可避免的是这套房子将成为两人最后的纠结所在。

举案说法

出家人可以分割财产吗？

佛家子弟讲究四大皆空，而出家人能否继承遗产？福州市民宗局政研室主任李林洲先生认为，佛家并没有要求公民一定要离婚才可以出家，但从道德角度来说，出家的一方不能对另外一方尽正常的夫妻责任，那么应该要选择离婚。此外出家是一种个人行为，离婚后出家者世俗中的个人财产也同样是是可以争取的，不管是佛教戒律还是法律上对此都没有特别例外的规定。但是，可能法律上会考虑“出家者”对家庭贡献较少，而进行少分。

对此，福建八闽律师事务所张迪律师认为，和尚、尼姑等出家人虽然受佛教戒律约束，但在法律层面上，他们和我们一样都是国家公民的组成部分，也和其他公民一样享有婚姻自由和享有私人财产的权利。我国《宪法》规定：“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”，“戒律的归戒律，法律的归法律”，因此，不能因为是出家人就否定其合法的财产权，本案当事人可以另行向法院起诉依法分割夫妻共有财产来争取自己的合法权益。

（二）婚姻无效撤销案例

表妹突然成后妈，三个表哥不依教

三人向法院起诉要求认定父亲和“幺妹”属近亲结婚，应属无效，结果败诉

2013年9月26日 重庆晨报 记者 陈宋波 通讯员 李鹏飞

“这完全乱了套，我们原来都喊她幺妹儿，结果一下就成了我后妈。”60多岁的刘光耀和两个弟弟一起，把表叔的女儿张莉告上了法院。40多年来，他们一直叫张莉“幺妹”。但去年，张莉和他们80多岁的父亲刘明远结婚，幺妹儿变成了后妈。刘家三兄弟说，他们接受不了，请求法院判父亲这段婚姻无效，“他们是近亲结婚，不合法。”

接受不了

父亲和“幺妹”结了婚

“他们是近亲结婚，法律都不得允许。这个可以滴血验亲噻！”刘光耀住在南岸农村，虽然对法律知识不熟，但今年2月，他却坚决地打起了一场官司。他和两个弟弟一起，把表叔的女儿张莉告到了江北区法院。

表叔的女儿今年40多岁，在江北某事业单位上班。之前，刘家三兄弟一直叫她“幺妹”。但去年4月，兄妹关系“大逆转”了，幺妹跟兄弟三人的父亲结婚了。

“这完全乱了套，幺妹变成了后妈，我们接受不了！”刘光耀说，他们三兄弟都完全无法接受这个事实。“他们是近亲结婚，我们请求法院依法确认他们的婚姻关系无效。”今年一月，刘光耀的父亲去世。一个月后，刘家三兄弟把张莉告到了法院。

证据显示，两人结婚前，都是单身。刘家三兄弟为什么会认为这段婚姻无效呢？他们的理由是：张莉和刘明远是近亲，违反了婚姻法的规定：直系血亲和三代以内的旁系血亲禁止结婚。

刘家兄弟还拿出刘家的族谱、常住人口登记卡、相关部门证明等证据，证明父亲和“幺妹”的婚姻是近亲结婚。

庭审焦点

父亲与幺妹是否近亲结婚

刘家的族谱显示，刘家是个祖辈生活在重庆的大家族。为了弄清这个大家族里的张莉和刘家兄弟父亲之间的亲属关系，法官审查了相关证据后，还专门列了个亲属关系表。

我们从刘家三兄弟的曾祖父辈开始说起。他们的曾祖父叫刘家全。刘家全生下了4个子女，大女儿是刘文菊，小儿子是刘文华。刘文菊生下了儿子张建强，刘文华生下了儿子刘明远等几个孩子。张建强是刘明远的表哥。刘明远又生下了刘光耀等三子三女。而张建强则生下了女儿张莉和儿子张强。

为了证明这些亲属关系，刘家三兄弟还请来了叔父也就是他们父亲的弟弟来作证。

“幺妹”和刘家三兄弟的父亲到底是不是三代以内的旁系血亲，是此案开庭时的争议焦点。当天，刘家三兄弟中的老大和老二都到了庭审现场，而张莉却从始至终没在法院出现，一直是委托律师处理相关事务。

在法庭上，刘家三兄弟认为，他们父亲和张莉的共同祖先是他们的曾祖父刘家全。从刘家全往下数，他们父亲这辈是第三代。而张莉的律师却认为，数到张莉这代，已经是第四代，所以张莉和刘家兄弟的父亲不属于三代内旁系血亲关系。

另一官司

为遗产幺妹状告刘家兄弟

“他们结婚，我们三兄弟根本都不知情，是我妹妹刘光兰在我们不知情的情况下，安排父亲和张莉登记结婚的！”庭审时，刘光耀一度有些激动，开始埋怨自己的妹妹。

“我的这个亲妹妹，嫁给了张莉的亲哥哥张强。她又安排张莉嫁给了我们父亲。”刘光耀拿出的证据还显示，他们弟兄三人还和张莉以及刘光兰等3个妹妹打着官司。

原来，今年1月，刘家兄妹的父亲刘明远意外死亡后，留下了农转非人口住房安置费、搬迁补助费等共20多万元。张莉和刘家兄妹因为遗产继承问题发生争执。当月，张莉和刘家的三个姐妹一起，把刘家三兄弟告上了法院，要求共同继承刘明远留下的遗产。

一个月后，刘家三兄弟又把张莉告上了法院，请求法院确认父亲和张莉的婚姻关系无效。

法院判决

不属三代以内婚姻有效

“幺妹”和刘家兄弟父亲的婚姻到底是否有效？近日，江北区法院作出了判决。

法院审理认为，张莉和刘明远的同源直系血亲是刘家全夫妇。按照旁系血亲代数数的计算方法，从张莉开始往上数至刘家全夫妇，计四代。从刘家全夫妇开始往下数至刘明远，计三代。两边代数不同的，取代数大的一边为旁系血亲的代数，即张莉和刘明远系四代旁系血亲。

也就是说，刘明远和张莉结婚并未违反婚姻法关于直系血亲和三代以内旁系血亲禁止结婚的规定。

最终，法院驳回了刘光耀三兄弟要求确认他们父亲和“幺妹”张莉婚姻无效的诉讼请求。

（文中当事人均为化名）

旁系血亲

计算方法

所谓直系血亲，是指与己身有直系血缘关系的亲属。所谓旁系血亲，是指有间接血缘关系的亲属，即非直系血亲而在血缘上和自己同出一源的亲属。

旁系血亲代数的计算方法：首先找出同源直系血亲，按直系血亲代数的计算方法，从己身往上数至同源直系血亲，记下代数。两边代数不同的，取代数大的一边为代数。

广东省梅州市丰顺县法院：男子离婚方知妻子用假身份 法院认定婚姻有效

2013年11月05日 广州日报 记者 刘晓星 实习生 凌娜 通讯员 谢碧娟

打工仔阿雄想和妻子小娟离婚，却发现妻子的身份证和户籍信息都是伪造的。在这种情况下，这段婚姻到底属于有效还是无效呢？近日，丰顺县法院经审理认为，该婚姻是有效的，应直接由法院判决离婚。

阿雄与小娟2000年8月5日在原梅州市丰顺县茶背镇人民政府办理结婚登记手续（现已并入留隍镇人民政府）。2005年，小娟外出打工后至今没有回家，与阿雄失去联系。阿雄于2012年12月28日向丰顺县法院提起离婚诉讼。

谁知，阿雄按照结婚证上的身份证号码，到丰顺县公安局留隍派出所查询小娟的户籍信息，但却是查无此人。经查明，小娟在结婚登记时使用的是伪造的身份证及户籍信息。

该法院法官认为，根据《婚姻法》相关规定，婚姻无效的情形为：（1）重婚；（2）有禁止结婚的亲属关系；（3）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；（4）未到法定婚龄的。而可撤销婚姻只有一种情形：因受胁迫而结婚的。阿雄与小娟的婚姻虽然存在登记瑕疵，但不存在上述情形。

（四）子女抚养亲子关系案例

广东梅州市中级人民法院：男友亡故女友生下遗腹女有继承权却无权要抚养费

2013年11月05日 大洋新闻 魏微微 通讯员 巫乐庭 赖洁

男友突然死亡，留下了怀有身孕的女友。遗腹子出生后，孩子的抚养费对于年仅21岁的年轻妈妈来说却成了一大难题。想到男友死亡后，其父母从医院获赔了相关费用，女友便想让他们从赔偿款中拿出一部分作为孩子的抚养费，为此，以不满1岁大的女儿的名义，把男友的父母告上了法庭。近日，双方当事人在蕉岭法院民一庭法官的调解下，达成了协议。

男友突死亡留下遗腹子

来自梅州的80后小伙阿祺和90后的河源姑娘阿芬是深圳某快递公司的同事，朝夕相处之下的两人很快确立了恋爱关系，并在2010年8月开始了同居生活。2012年2月份，阿芬发现自己怀孕了，即将为人父母的两人开始憧憬着一家三口和和美美的幸福生活。

然而，上天却并没有眷恋这一对恋人。2012年4月11日开始，阿祺突然觉得四肢无力，在家休息了2天不见好转，于4月13日去到医院就诊，经过50分钟的抢救，阿祺还是因抢救无效死亡，留下了痛失独子的父母、伤心欲绝的女友及其肚子里的孩子。

巨额赔偿款孩子有份吗？

阿祺去世后，其家属将就诊医院告上当地法院，要求承担责任。在诉讼过程中，双方达成调解协议：由医院一次性赔偿阿祺父母54.98万元，包含医疗费、误工费等一切赔偿项目。

此外，医院和阿芬及阿祺的父母签订了一份协议书，约定若阿芬愿意将其腹中胎儿娩出，于分娩后6个月，在双方共同参与下进行亲子鉴定，若证实阿芬所生胎儿确系阿祺子女，则医院另行支付抚养费8.3万元给确定的小孩监护人。

此外，阿祺死亡的消息传到公司后，公司送来了慰问金及员工捐款6万余元。

2012年11月9日，阿祺和阿芬的爱情结晶小雨出生了。可是，女儿小雨的抚养费却成了阿芬的一大难题。无助之下，阿芬想到毕竟小孩是阿祺的亲生骨肉，理应获得相应的继承份额。

当阿芬找到阿祺的父母协商时却遭到了拒绝，甚至否认小雨是阿祺的亲生女儿。气愤的阿芬以小雨为原告，自己作为法定代理人将小雨的爷爷、奶奶告上法庭，蕉岭法院受理了此案。

法官调解双方握手言和

庭审结束后，小雨、小雨的爷爷奶奶及原就诊医院三方共同委托一家司法鉴定所进行亲子鉴定，依据DNA分析结果，阿祺与小雨存在亲子关系。

在诉讼过程中，双方充分表达了各自具体的情况和要求。阿芬还只有21岁，以目前的状况，独自抚养小雨健康成长确实存在困难，而小雨的爷爷奶奶已经失去了独子，如果把小雨交给爷爷奶奶来抚养，一方面可以抚慰老人失去儿子的痛苦，另一方面也不耽误阿芬的工作、生活。在主审法官的主持下，经过多次协商，各方同意，小雨交给其爷爷奶奶监护抚育，阿芬在寒暑假及法定节假日有权前往进行探视，小雨的爷爷奶奶另行支付5万元给阿芬，原就诊医院依照之前的协议另行补偿8.3万元给阿芬。

法官说法

遗腹子有继承权但不能索取抚养费

梅州市中级人民法院民一庭曾园芳法官介绍，按照《民法通则》的规定，公民从出生时起具有民事权利能力，我国现行法律虽然没有明确赋予胎儿民事权利能力，但《继承法》第28规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。”胎儿虽然没有权利能力，但其法定利益应受法律保护。在法定继承中，配偶、子女及父母为第一顺位的继承人，故本案中的小孩与他的祖父母同样享有对其亡父遗产的继承权。

那么，如父母一方已经死亡，祖父母是否对孙子负有扶养义务呢？曾法官表示，《婚姻法》第28条规定：“有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。”这里的“父母死亡”是指父母双亡，并不包括一方父母死亡的单亲子女。因此，类似本案的单亲家庭的孩子并不享有向祖父母、外祖父母索取抚养费的权利。

单亲孩子的家长是孩子的法定监护人，负有对孩子的扶养义务。单亲家长可以与孩子的祖父母、外祖父母协商，争取经济支持。

安徽合肥迎江区人民法院：离婚不足一年 孩子起诉母亲

2013年11月14日 中安在线(合肥) 安庆日报

夫妻双方因为性格不和协议离婚，同时也约定好每月给孩子抚养费，但一年时间不到，孩子起诉母亲要求增加抚养费，法院会支持吗？

陈芳与金理因性格不和于2012年10月协议离婚并办理了登记手续，双方在离婚协议中明确约定婚生子小金随其父金理共同生活，其母每月给付婚生子抚养费600元。同日，双方办理了离婚登记手续。

今年9月份，婚生子小金以父母离婚协议约定的抚养费数额过低，不足以维持其正常生活为由将其母陈芳告上迎江区人民法院，要求增加抚养费至每月800元。

法院经审理认为，父母离婚后，对未成年或不能独立生活的子女仍有抚养和教育的义务。金理与陈芳在离婚协议中约定关于婚生子随金理共同生活，陈芳按月给付抚养费600元，系双方真实意思表示且不违反法律的强制性规定，应为合法有效，法院予以确认。原告父母签订离婚协议时间为2012年10月，距起诉之日不足一年，原告未提供其法定代理人金理的工作及日常生活发生重大变化，致原约定抚养费数额不足以维持当地基本生活水平的证据，被告亦表示不同意，故对原告要求不予支持。

11月12日，法院依法审结了此案，判决驳回了原告要求其母陈芳增加抚养费的诉讼请求。

福建省泉州市德化县法院：90后未婚同居生子，子女抚养权何判

2013年11月14日 德化网 林清源 薛波

梁某某（女）与兰某某均是90后，2008年间，两人通过网游认识，由于在同一公会，双方方便在游戏里结婚后，开始了现实的同居生活。2011年3月便生下一子小兰兰。生活的压力迫使两人开始打工赚钱，养活小孩。梁某某应聘做一名网店客服，在赚钱之余还可以带带儿子，兰某某到泉州工地打工。但两人的工资却跟不上儿子的奶粉和尿布钱，很快梁某某开始抱怨兰某某没能力，刚同居时的温馨更使在两地打工的2人产生了隔阂，不久梁某某带着孩子回了娘家。

2013年4月，梁某某来德化法院起诉兰某某，要求抚养2岁的亲生儿子小兰兰。负责该案件的林法官却犯了愁。先不说孩子判给谁抚养，就这没入户口的孩子如何认定是双方亲生，认定后的非婚生子又该跟谁生活。原

被告双方在抚养权、抚养费以及今后的探望权上更是起了很大的争执。

后经林法官多方调解，做通双方及其父母的工作，非婚生子小兰兰由原告梁某某抚养，兰某某可随时探望。案件是解决了，但刚满22岁的梁某某要抚养2岁的小兰兰，生活估计会有些艰难。不禁想问一下，父母的莽撞同居，禁果却要由一个孩子来承担，法制的进程路途还遥远。

湖南省江华瑶族自治县人民法院：父亲拒付孩子抚养费 法院执行和解化矛盾

2013年11月14日 中国法院网 冯忠于 胡许晴

“法官叔叔、法官阿姨，谢谢你们！我……”年仅十岁的小丽委屈又懂事地说。原来，近日湖南省江华瑶族自治县人民法院为一位因父母离异，其父亲以抵充其母亲借款为由拒绝支付抚养费的孩子执行到了抚养费，孩子在收到执行款后，真挚的感谢执行法官。

小丽是被告刘某与梁某的女儿。2009年刘某与梁某因感情不和协议离婚，约定离婚后，由母亲梁某抚养小丽，父亲刘某应于每月3日前给付小丽抚养费500元。但是被告刘某从2010年5月开始就不再按照协议履行抚养义务了，导致小丽母女生活困难，引起纠纷。小丽在其母亲的代理下向法院提起诉讼，要求被告刘某将拖欠的抚养费一次性付清，并在以后的时间里每月按时给付原告小丽抚养费500元，直到小丽年满18周岁。被告刘某辩称是因为在未签离婚协议之前原告的母亲梁某，要求被告为其向信用社贷款两万元，用于与他人合伙开专卖店，否则就不在离婚协议上签字，并且离婚时双方协商确定贷款全部由梁某偿还。但是贷款到期后，梁某未能偿还，于是被告在征得梁某同意后，提出由自己帮助其偿还贷款，但这笔款项需要从支付女儿每月的抚养费中扣除。

经法院审理查明，原、被告所述情况虽然均为事实，但是本案为抚养费纠纷，父母与子女的关系不会因为父母离婚而发生改变，离婚后，父母对未成年子女的抚养义务也不会消失，并且被告刘某与原告的母亲梁某在婚姻关系存续期间的债务不属于本案处理范围，被告以偿还贷款为由抵扣原告的抚养费，不符合法律规定。由此，法院依法判决支持了原告的诉请。

判决生效之后，被告仍然拒不履行义务，原告遂于2013年2月向江华法院提起执行申请。法院查实被执行人具备履行能力却不履行义务，于是启动执行程序，依法从银行冻结并划拨了被执行人存款20000元，经过法官再次析法言理，耐心劝导，刘某深刻认识到自己的错误，自愿执行和解，彻底化解了这对父女的矛盾。现该案已经执行完毕，切实维护了未成年人小丽的合法权益。

物价上涨 离婚夫妻因子女抚养费再上法庭

2013年11月14日 龙泉新闻网 编辑 季靓 通讯员 方靖

离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女，父母对于子女仍应承担相应的抚养义务。为依法保护未成年人的合法权益，倡导尊老爱幼的良好风尚，日前，市人民法院协同当事人单位同事及双方代理人，积极调解了一起抚养费纠纷。

该起案件中，原告的法定代理人（原告的父亲）及被告（原告的母亲）均已再婚，双方家庭条件均比较困难，且需照顾年迈的老人及幼小的孩子。原告法定代表人陈述因物价的上涨以及原告上学的需要，被告原先支付的子女抚养费已远远不够，要求被告增加子女抚养费。但因双方离婚后矛盾比较激化，两人在庭审中情绪屡屡失控，孩子的抚养费问题难以得到协商解决。

为了调节双方的情绪以及不让矛盾再次激化，承办法官两次休庭进行调解，并协同单位同事及双方代理人共同做原告法定代理人、被告的工作，希望双方当事人看在原告尚且年幼的份上，不要将矛盾再次激化，留给孩子一个稳定轻松的童年。

承办法官提醒，孩子是祖国的花朵，作为父母既然已经将其带到这个世界，就应该承担起相应的责任，不能以各种理由来推卸抚养子女的义务，而抚养子女的一方也应该多为子女考虑，创造一个和谐稳定的成长环境，让子女健康成长。

最终，经过各方的不懈努力，原告法定代理人及被告为了孩子也做出相应的让步，承诺互不干涉双方家庭，并达成协议将被告子女抚养费增加至400元至原告年满十八周岁止。

河南省平顶山市卫东区法院：与姐姐离婚娶妹妹 孩子抚养关系闹纠纷

2013年11月15日 中国法院网 张魁英

一男子冯某与妻子毛某离婚后，又与妻子的妹妹结婚，但因孩子的抚养权问题又被前妻告上了法庭。近日，河南省平顶山市卫东区法院审结了该起变更抚养关系纠纷案，依法判决婚生子冯某某由原告毛某抚养并随其生活。

原告毛某与被告冯某于2008年1月25日登记结婚，原告系初婚，被告再婚，2008年10月29日生育一子冯某某。冯某与毛某结婚前，与前妻生育一子由冯某前妻抚养，冯某每月给孩子支付抚养费。2011年11月15日，原告毛某与被告冯某在民政局协议离婚，约定婚生子冯某某由被告抚养，不要求原告支付抚养费。2012年7月4日被告冯某与毛某的亲妹妹登记结婚。冯某在工作忙或加班、出差时将冯某某放在其妹妹家抚养。现因冯某某的抚养问题双方产生争执，形成纠纷。

冯某与毛某均有自己稳定的工作及收入，并分别有自己的住房。毛某表示婚生子由其抚养，抚养费自己负担。该案经卫东区法院审理后认为，父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直

接抚养，仍是父母双方的子女，冯某与毛某离婚后，双方仍有抚养和教育婚生子的权利义务。该二人现均有自己的住房和固定的工作及收入，被告冯某在与原告毛某结婚前，与其前妻育有一子，冯某与毛某离婚后并无其他子女。二人在离婚时约定婚生子由被告冯某抚养，现孩子虽与被告生活了较长一段时间，也建立了父子感情，但其后被告与原告的亲妹妹登记结婚并在一起生活，在原告知道被告与其亲妹妹在一起并登记结婚后，不同意由被告继续抚养孩子并强烈要求由原告自己抚养孩子的情况下，无论从亲情伦理角度，还是从法理角度来说，此时再由被告去抚养原、被告之间的孩子，对冯某某的身心健康确有不不利影响，从有利于孩子的健康成长的角度考虑，婚生子冯某某由原告抚养比较适宜，故原告要求婚生子由其抚养的请求应予支持。被告辩称由其抚养冯某某比较有利，冯某某和他姨生活在一起关系融洽，也喜欢和他姨生活在一起，其辩称理由不足，不予采信，遂做出以上判决。

（四）财产分割案例

北京市昌平法院：离婚男子起诉分房产被驳

2013年10月28日 京华时报 孙思娅

京华时报讯（记者孙思娅）艾先生与任女士离婚后，起诉要求分割房产。昨天记者获悉，昌平法院经依法审理驳回了艾先生的起诉。法院认为，任女士患有精神病，艾先生在与任女士夫妻关系存续期间，长时间分居，没有尽到对任女士的扶养义务，房屋应判归任女士为宜。

艾先生诉称，2001年10月19日，任女士花了19万余元买下一处房产。“买房子的钱是我们夫妻共同财产，我俩离了婚，这房子也有一半是我的。”艾先生说。

任女士辩称，房屋是用自己父母宅基地拆迁补偿款购买，并且登记在她个人名下，这套房产是将来生活和养老的保障，前夫无权分割。据她讲，两人在1988年登记结婚，婚后艾先生常年离家，其收入从来没有交给家里，而她患有间歇性精神障碍、智力缺损、睡眠障碍等疾病，在农村生活期间收入微薄，以扫厕所、收拾垃圾为生活来源，父母在世时一直与父母生活，并且得到姐姐、外甥等亲属的照顾。

昌平法院经审理认为，艾先生称诉争房屋是夫妻共同财产，但其并未提供充分证据证明这套房屋的出资来源，因此法院不予采信。任女士称房屋是由其父母用拆迁补偿款为其购买，综合考虑拆迁时间、购房时间及婚后的居住状况、具体收入情况，法院对她的陈述予以采信。退一步讲，即便这套房屋为艾先生与任女士的夫妻共同财产，因任女士是限制行为能力人，艾先生在与任女士夫妻关系存续期间，长时间分居，没有尽到对任女士的扶养义务，法院认定诉争房屋的分割应判归任女士为宜，并最终判决这套房屋归任女士所有。

未扶养病妻 离婚分房被驳 被告患间歇性精神障碍 原告长期离家未尽义务

2013年10月23日 北京晨报网 何欣

晨报讯（记者 何欣）艾先生1988年同患有间歇性精神病的妻子任女士登记结婚后便离家不归，任女士一直由父母和家人负责照顾。2010年，法院判决二人离婚。而近来，艾先生突然又将妻子诉至法院，要求分割任女士名下的一套房屋。法院审理后认为，艾先生既无法证明其曾为这套房屋出资，又在夫妻关系存续期间，没尽到对任女士的扶养义务，昌平法院判决这套房屋归任女士所有。

近日，艾先生起诉称，2001年10月19日，前妻任女士与北京城建住宅合作社签订《房屋购销合同》，约定由任女士购买位于北京昌平区北七家镇某小区的房屋一套，总价款为191306元。艾先生认为该房屋是由其与任女士的夫妻共同财产购买，因此，离婚时任女士应将房产分给自己一半。

任女士辩称，诉争的房屋是用自己父母宅基地拆迁补偿款购买，且登记在其个人名下，是父母对女儿个人的赠与，原告艾先生无权分割。此外，任女士表示，其同艾先生1998年登记结婚后，艾先生常年离家，下落不明，其收入从来没有交给家里。任女士属于限制行为能力人，并患有间歇性精神障碍、智力缺损等疾病，平日以扫厕所、收拾垃圾获得微薄收入。父母在世时，任女士一直与父母生活，并得到亲属的照顾。

任女士认为，前夫艾先生长期出走，双方没有夫妻共同财产，艾先生也没能力购买房屋。且因艾先生长期出走，与任女士无夫妻生活，致任女士无子女，婚后生活得不到保障，离婚后无人监护、抚养。现任女士名下的房屋是其的唯一财产，也是生活和养老的保障。同时任女士表示，二人的婚姻破裂，自己并无过失，希望法庭保障自己的合法权利。

昌平法院审理认为，原告未提供充分证据证明房屋的出资来源，因此法院对原告艾先生的主张不予采信。同时考虑到任女士是限制行为能力人，艾先生在与任女士夫妻关系存续期间，长时间分居，未尽到对任女士的扶养义务，故法院认定诉争房屋的分割应判归任女士。

夫妻离婚分割财产 丈夫才知共有房产被老婆私卖

2013年11月14日 福州晚报 陈银燕 桂丹

闽清的张先生和张女士婚后买了一套房，后因感情问题协议离婚。当分割婚后共同财产时，却发现房子已被张女士卖掉，而且张女士坚称房子已经卖了，没有可分割的财产。最后在法院的耐心说理下，房子的所有权仍属于购买者，张女士拿出一半卖房款给张先生，张先生遂撤回起诉。

张先生与张女士2009年结婚，次年购置一套房屋，婚后未生育子女，后于去年协议离婚，但协议内容未涉及共有房屋的分割，之后两人对这套房屋的归属难以达成一致意见。今年6月，张先生向闽清法院起诉张女士，要求分割婚后财产。让人没想到的是，争议房屋早在2011年就被张女士卖掉了。

张先生十分恼火地说：“没有经过我的同意，买卖房子是无效的。”张女士说：“房子已经卖了，没有可分割的财产了。”

见此情形，法官对原告、被告进行耐心说理：夫妻共有房屋属于夫妻共同共有，处置共有财产须经共同共有人同意。但该效力是属于对内效力，不可对抗善意的受让第三方。买房方并不知房屋为夫妻共有，根据房屋权证记录，买房方有理由相信房屋权属归张女士一人，且支付合理对价并进行了房屋权属变更登记。虽然房屋权属已经变更，但张女士的处置行为仍然存在过错，任何人不得从不正当行为中获得利益。根据《物权法》第一百零六条规定，张先生有权向张女士要求赔偿损失。基于夫妻共有关系，张女士需将房屋买卖所得价款中的一半支付给张先生。

张女士听完后，拿出一半卖房款给张先生，张先生撤回起诉。

重庆市第一中级人民法院：重庆一男子拿 15 万元作结婚保证 离婚时想当共同财产分割遭法院驳回

2013年11月11日 新华网 朱薇

因为是再婚，女友要求拿 15 万元作保障；离婚时，男子反悔想以共同财产分割，近日被重庆市第一中级人民法院驳回。

经查明，1981 年出生的罗宋有过一次婚姻。2008 年，经人介绍，罗宋认识了王婧，经过一年多的接触，双方打算结婚。王婧考虑到罗宋系再婚，就以保障婚姻关系为由，要求罗宋给予其 15 万元作保证。2009 年 12 月，罗宋为了与王婧结婚就向自己的母亲借款 15 万元，并出具了借条。当日，罗宋的母亲通过银行转账将欠款转到王婧卡上。其后，王婧按揭购买了南岸区的房屋一套，并登记于其个人名下。2010 年 2 月份，两人登记结婚，同年 10 月，王婧产下一女。

王婧表示，结婚后双方经常因为琐事发生争吵，尤其是其怀孕及刚生产期间，罗宋更是对其不闻不问且存在重男轻女思想，从未照顾女儿，夫妻关系已完全破裂，遂起诉至法院请求离婚。罗宋表示同意离婚，但是强烈要求将王婧用其母亲给予的 15 万元作首付款的房屋作为夫妻共同财产予以分割。

法院审理后，准予离婚请求。对于 15 万元的问题，双方均承认该笔款项系罗宋向其母亲的借款。罗宋向其母亲出具借条后，其母通过转账的方式将 15 万元打向王婧账户，不改变罗宋是借款人的事实。结合本案现有事实证据，可认定该款项系婚前罗宋赠与王婧的生活保障费用，不应作做共同财产予以分割。

（六）损害赔偿案例

江西省进贤县人民法院：丈夫出轨留下证据 妻子起诉获得赔偿

2013年09月25日 中国法院网 万文斌

丈夫周某网聊结交异性朋友，夜不归宿，屡教不改，妻子龚某一怒之下向法院起诉离婚。近日，江西省进贤县人民法院审结了该起离婚案件，判决准予龚某与周某离婚，由周某赔偿龚某精神损失费 15000 元。

经审理查明，2005 年农历正月初八，周某和龚某经人介绍相识，2007 年过完农历年，双方一同到武汉开店、生活，2008 年 11 月 12 日，双方办理结婚证。2009 年 7 月 24 日，两人生一女孩。在武汉开店期间，周某上网聊天结识一异性朋友，心生情愫，难以自拔，经常夜不归宿。妻子龚某多番劝导，周某于 2009 年 8 月出具保证书，承诺与其断绝联系，后仍不思悔改，继续与该异性保持联系。龚某向周某哭闹，周某自书离婚协议：离婚缘起其有第三者，离婚时不分财产，由其承担小孩抚养费等等。因周某屡教仍不悔改，龚某遂持周某的保证书、离婚协议书、网聊信息记录等，向法院起诉离婚，并要求周某赔偿其精神损失费。

法院审理认为，鉴于周某在答辩状和庭审中同意与龚某离婚，对龚某要求离婚之请求，应予支持。龚某主张周某有外遇，所持证据可以形成证据链，证明周某确有第三者，周某存在过错，故对龚某诉请周某给予精神赔偿之要求，应予支持。遂依照法律的相关规定，作出上述判决。

（七）扶养赡养案例

河南省平顶山市卫东区法院：与姐姐离婚娶妹妹 孩子抚养关系闹纠纷

2013 年 11 月 15 日 中国法院网 张魁英

一男子冯某与妻子毛某离婚后，又与妻子的妹妹结婚，但因孩子的抚养权问题又被前妻告上了法庭。近日，河南省平顶山市卫东区法院审结了该起变更抚养关系纠纷案，依法判决婚生子冯某某由原告毛某抚养并随其生活。

原告毛某与被告冯某于 2008 年 1 月 25 日登记结婚，原告系初婚，被告再婚，2008 年 10 月 29 日生育一子冯某某。冯某与毛某结婚前，与前妻生育一子由冯某前妻抚养，冯某每月给孩子支付抚养费。2011 年 11 月 15 日，原告毛某与被告冯某在民政局协议离婚，约定婚生子冯某某由被告抚养，不要求原告支付抚养费。2012 年 7 月 4 日被告冯某与毛某的亲妹妹登记结婚。冯某在工作忙或加班、出差时将冯某某放在其妹妹家抚养。现因冯某某的抚养问题双方产生争执，形成纠纷。

冯某与毛某均有自己稳定的工作及收入，并分别有自己的住房。毛某表示婚生子由其抚养，抚养费自己负担。该案经卫东区人民法院审理后认为，父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女，冯某与毛某离婚后，双方仍有抚养和教育婚生子的权利义务。该二人现均有自己的住房和固定的工作及收入，被告冯某在与原告毛某结婚前，与其前妻育有一子，冯某与毛某离婚后并无其他子女。二人在离婚时约定婚生子由被告冯某抚养，现孩子虽与被告生活了较长一段时间，也建立了父子感情，但其后被告与原告的亲妹妹登记结婚并在一起生活，在原告知道被告与其亲妹妹在一起并登记结婚后，不同意由被告继续抚养孩子并强烈要求由原告自己抚养孩子的情况下，无论从亲情伦理角度，还是从法理角度来说，此时再由被告去抚养原、被告之间的孩子，对冯某某的身心健康确有不不利影响，从有利于孩子的健康成长的角度考虑，婚生子冯某某由原告抚养比较适宜，故原告要求婚生子由其抚养的请求应予支持。被告辩称由其抚养冯某某比较有利，冯某某和他姨生活在一起关系融洽，也喜欢和他姨生活在一起，其辩称理由不足，不予采信，遂做出以上判决。

（七）离婚后财产纠纷及相关纠纷

北京市房山法院：离婚后前夫不还嫁妆女子起诉讨要获支持

2013年10月28日 京华时报 张淑玲

京华时报讯（记者张淑玲）因感情不和，杨女士与石先生离婚。想去前夫家拉回自己的嫁妆，没想到却被拒绝。为要回嫁妆，杨女士将前夫告上房山法院。记者昨天获悉，法院判决支持了杨女士的诉求。

杨女士诉称，2005年4月，自己与石先生登记结婚。办婚礼时，按照当地风俗，杨女士娘家陪嫁了冰箱、洗衣机、空调及家庭影院音响等。

两人婚后生了一女孩儿。2011年9月，因感情不和杨女士与石先生协议离婚，约定石先生抚养女儿，房子归石先生，各自名下的财产归各自所有。

离婚后杨女士搬出了原来的住处，几天后，在回前夫家拉当初的陪嫁时，石先生却百般阻拦，认为这是二人共同的财产，不予返还。

房山法院开庭审理该案后，石先生未到庭应诉，该案缺席审理。

房山法院认为，根据“双方名下的个人财产离婚后归各自所有”的协议，原告要求的财产属于其婚前财产，被告应返还。最终法院判决，石先生在10日内将彩电、冰箱等财物返还给杨女士。

（九）恋爱同居纠纷案例

婚事搁浅“AA制”婚房惹风波

2013年9月 法制文萃报

认识3个月便情定终身，为了婚事先定房事。女方有房无钱，男方有钱无房，于是，这婚房的事很快敲定，一方出房，一方出钱。哪料，婚房装修好了，却迟迟变不成洞房。原来，3个月擦出的爱情火花还没有结出婚姻的果实，便已经熄灭了。分手就分手吧，情缘易了，男方提出分手，女方痛快答应，可这婚房咋办？俩人却扯不清。

“AA制”婚房惹风波。装修款算不算彩礼？装修的价值要不要打折？男方追讨要求该不该支持？女方拒付理由是不是妥当？一连串问题让这个看似简单的纠纷变得扑朔迷离。情了“房”未了，2013年9月，经湘中某市两级法院审理，这场风波才告一段落。

你出钱，我装修，打造爱巢

时间回溯到2009年9月的一天，湘中某市一家咖啡店内，靠窗的雅座上坐着一对年轻男女。男青年叫邓利，女青年叫刘静，仿佛很熟悉的感觉，第一次见面的俩人彼此留下了良好的印象。打那之后，俩人的恋情进入了快车道，仅仅3个月，婚事便提上议事日程。

要结婚，先要有房。这婚房一般是男方家准备，可是，邓利参加工作时间不长，手里虽然有一点积蓄，距离买房的首付款还有不小差距，而父母经济条件也不宽裕，供他上大学已竭尽全力，此时再要父母资助买房，一来开不了口，二来父母也没有能力。怎么才能拥有结婚的房子呢？他十分着急，却无计可施。刘静似乎不把这事放在心上，看着男友急不可耐了，才不急不忙地带着男友来到了一个小区，走进了一套未装修的毛坯房，告诉了男友心中的“秘密”。

“这是我的房子，把它装修好，作为我们的婚房，好不好？”这是刘静参加工作不久，父母出首付，自己还按揭买的一套房子。

仿佛从天上掉下来一套房子，邓利十分诧异，不过，婚房有了着落，总归是好事。邓利仔细打量着这房子，大约有120平米，在四楼，金三银四，正是好楼层，而且结构合理，视野开阔……“我的钱全部投在了房子上，房子的装修可全指望你。”刘静说道。“没问题！”邓利把积蓄全部拿出来还真不一定能把装修搞好，只是女友已经买好房了，作为一个男人，只能慷慨应允。

婚房装修立马拉开序幕。装修，说起来容易，做起来麻烦，首先为请不请装修公司，俩人各执一词。刘静主张把事情全交给装修公司，那样洒脱；邓利不同意，认为自己请人装修，更有话语权，喜欢什么风格就装修什么风格，还能省钱。最后邓利的主张占了上风。

自行装修，这事儿便格外多，邓利和刘静先是参观了多个住宅，以他们的装修为样本，对婚房的装修作了一个大体的设计，随后，又托亲友，联系装修队伍。设计有了，队伍有了，这只是装修工程迈出了一步，随后，一桩一桩的事儿接踵而至。选板材、定瓷砖、购地板、买油漆……俩人忙得不亦乐乎。邓利乐此不疲，刘静慢慢地有了些怨气，加之俩人在装修上又时常意见不一，争执的事儿便时有发生，虽然都是小事，可小事一累积也会成为大事儿，毕竟只有3个月的恋情，时不时地争吵让彼此都认识了对方不太合拍的“另一面”。

不时传出的争吵声，没有影响到婚房的装修，装修按计划顺利进行，装修的材料款及人工费用，大部分是邓利支付的，也有部分是刘静支付的，相关的发票及收条，邓利都用一个文件袋保存着。

2010年5月底，婚房装修完毕。新房从装修到入住，需要空置一段时间，这全新打造的爱巢，静静地等待着新郎新娘……

婚房变空房，情了“房”未了

等待中，婚房的甲醛慢慢释放，通风的条件下空置了半年时间，应当完全消除了环保隐患。但是，当初火急火燎地忙着装修，“万事俱备，只欠东风”了，婚房却迟迟变不成洞房……

隐患是装修时埋下的。这男女恋爱，有时候打的是持久战，彼此的长处和缺点都清清楚楚，若是足够欣赏对方的长处或者能够包容对方的缺点，结合后多能地久天长；有时候打的却是闪电战，甫一见面便情定终身，若是立马闪婚，先结婚后恋爱，赢得幸福婚姻的，不乏其例；但如果在通往婚姻的道路上突生枝节，闪电战变成了持久战，性格不合就很容易成为“拦路虎”。假使邓利和刘静先结婚后装修，或许他们会成为幸福的伴侣，但是，他们的程序不是这样，装修这几个月的闹腾，让他们彼此有了更深的了解。

“他，真的有那么优秀吗？”刘静有些后悔自己的决定，“一个经济上斤斤计较的男人，会有多大出息？一个过于固执的男人，会带给自己幸福吗？”而在邓利眼里，刘静的印象分也在不断下降，那个可爱、清纯的姑娘怎么越来越势利，你家庭条件比我好也是事实，可也犯不着摆出高人一等的态势啊！由于心里有了隔阂，邓利和刘静在婚姻之路上来来了个急刹车，婚房准备好了，结婚的事双方却谁也不开口。

双方父母对邓利和刘静的婚姻本无态度，儿女们的事由儿女们自己做主，他们不干涉。只是，在儿女婚姻大事上，为人父母者又怎么可能缄口不语，尤其是在儿女徘徊不定时，该出手时还得出手。

时光悄然流逝，转眼到了2010年6月26日，中国传统的端午佳节，按照当地习俗，作为准女婿的邓利必须给准岳父、准岳母“送节”。这一天下午5点，邓利带着母亲为他精心准备的礼物来到女友家，不巧，刘静和她的父母却到乡下过节没有回来，本来，邓利只要打个电话给刘静，或者刘静事前告知一声自己的去向，事情都能完美解决。可彼此之间已经有了嫌隙，这小事便成了大事。“明知道我要来，却让我吃闭门羹。”邓利觉得，刘静一家人这是有意为之，气愤之下，带着礼物转身离开。“这孩子也太不懂事，难道还要我们眼巴巴地等着你。”刘静父母本来对女儿的婚姻听之任之，可邓利端午节的表现太差，与他们心目中的女婿实在相差太远……

本来这端午节是消除隔阂，增进感情的大好机会，可结果适得其反，刘静对婚姻丧失了激情，她的父母也劝女儿重新审视这桩婚姻：“邓利这么任性，我们觉得邓利这孩子不行。”刘静父母态度十分明朗。邓利父母呢？与刘静父母如出一辙，还没有结婚，儿子就受了这么大的委屈，将来结婚了，儿子在家里还能有什么地位？

邓利和刘静陷入冷战之中，双方父母又拒绝调和，这八字本来有了一撇的姻缘就此停顿下来。好在彼此只是恋人，恋人之间分手，自己说了算。于是，2010年底，邓利和刘静走到一起，商量分手事宜。

分手是邓利先开的口，只一会儿的工夫，两人在分手上就达成了一致。然而，情缘易了，婚房难了，当初为结婚准备的婚房怎么办？在邓利和刘静间起了争执。

分手了，“AA制”婚房咋分？

“装修房子，我总共花费8万多元，这装修的钱，你要拿给我。”这婚房的价值由两部分组成，其中一部分就是房子的装修，现在分手了，由婚房的所有人刘静补偿自己，在邓利看来，本用不着商量。

“我们分手了，这房子我只能卖掉，装修能卖多少钱？装修不值钱。你说花了8万多元，便要拿回去8万多元，这贬值的损失，难道要我一个弱女子来承担。何况，装修款又不是你一个人支付的，我也支付了不少，你说花费了8万多元，你有什么证据？此外，当初谈婚论嫁时，考虑到你要出钱装修，没有跟你要过一分钱的彩礼，这装修款怎么着也得抵作彩礼，是你提出分手，你还得给我精神损失，怎么倒腆着脸来要回彩礼。”对于邓利分割婚房的请求，刘静早有准备，她竹筒倒豆子般，把事先准备的理由一个不留地抛了出来。

对刘静的回答，邓利不认可，可是刘静根本不与他争辩，几句话不合，便起身离开。房子在刘静手上，装修拆不下，带不走，刘静完全占据着主动。分手协商既顺利又不顺利，说顺利，俩人了却了情缘，说不顺利，俩人在房子分割上留下了尾巴，免不了仍要“藕断丝连”。

此后，刘静中断了与邓利的电话联系，不过，她没有在QQ上把邓利列入黑名单，通过QQ聊天，邓利还是能够顺畅地联系上刘静。QQ上，邓利不停地向刘静索要装修款，刘静有时候也回复几句，对于邓利出钱装修的事没有否认，对于邓利要求算账的请求，没有理睬。

从2011年到2012年，邓利索讨装修款的努力从未终止，却没有任何进展，刘静没有像声明的那样卖掉房子，可也没有搬入居住。这房子一直空置着，纠纷一直存在着，2013年，一场官司姗姗来迟。

女方出资购置，男方出钱装修，这“AA制”房子究竟咋分？法院开庭审理后，于2013年9月，给出了诠释。法

院认为，诉争房子为刘静所有，邓利主张对诉争房子出资进行了装修，其提供了双方终止恋爱关系后相互之间的QQ聊天记录等证据，同时还提供了信用卡对账单、银行取款凭条等证据，这些证据足以证明邓利出资装修房屋的事实成立。邓利以结婚后使用房屋为目的，出资对刘静所有的房屋进行装修，其出资的价值已附着于房屋之上，出于合理处分、避免浪费的考虑，应归房屋所有人刘静所有，同时由刘静给予邓利相应补偿。由于邓利用以证明其支付装修款的金额的证据不确凿，只能参照邓利提供的购买装修材料单据、信用卡对账单、银行取款凭条等证据，酌情认定。刘静辩称，在房子变卖时，装修的价值并不能以装修的实际支出为准，存在贬值的损失，鉴于双方终止恋爱关系后，房子并未变卖，房子装修的贬值损失，双方均未申请价值鉴定，故法院只能酌情考虑。综合邓利提供的证据情况及房屋的贬值情况，法院酌情认定邓利出资装修的价值为34000元。至于刘静提出，邓利的出资为彩礼，因没有约定，不予采纳，且就算是彩礼，也不存在男方提出分手彩礼便无需返还的法律规定，在双方未结婚的情形下，仍需返还。据此，法院部分支持了邓利的诉求，判决刘静在判决生效之日起十日内返还邓利装修款34000元。

重庆市綦江区法院：男子送女友5万签恋爱协议 结婚不成上法庭讨还

2013年11月06日 重庆商报 记者 陈保发 实习生 陈湘

恋爱期间，张为兵拿给女友5万元买房，承诺买了房子归女友所有。后来，双方闹矛盾，签了协议书，约定若双方不能和好，女友就把5万元还他。随后两人和好又交往了两年多，但最终还是分手了。张为兵认为女友未能与自己和好结婚，便将女友告上法院讨还当初送的那5万元。昨天，记者从綦江区法院了解到，法院一审判决驳回张为兵的诉讼请求。

据了解，今年42岁的张为兵是綦江区农民。早在2005年，经人介绍，他认识了小他17岁的女子杨慧慧，两人随后确立了恋爱关系，并在一起共同生活。2011年2月，张为兵转账给女友杨慧慧5万元，供杨慧慧用于买房，且买了房子归杨慧慧所有。

但由于双方闹了矛盾，同年4月，双方签订了“3天过后，杨慧慧作出答复，假若双方不能和好，杨慧慧把5万元还给张为兵”的协议书。此后，双方和好又交往了两年多时间，但最终未能走进婚姻的殿堂。

今年7月，双方在亲友的见证下签订了《调解协议》，并约定：“即日起双方和平分手，经济和情感都互不再找对方。”分手后，张为兵后悔了，认为女友未能与自己和好结婚组成家庭，未按约定履行义务，于是将女友告上法院，要求对方返还当初送给她的5万元。

法院审理认为，2011年4月张为兵和杨慧慧签订的协议书所说的“和好”并非指结婚，通常应当理解为继续恋爱交往，后来双方和好继续恋爱一段时间，而张为兵也认可给杨慧慧50000元是要求杨慧慧买房后个人所有，该赠予行为具有法律效力。分手调解书中“经济和情感都互不再找对方”的约定也认可了以前的赠予行为。上月底，綦江区法院据此作出一审判决，驳回了张为兵的诉讼请求。（文中人物均为化名）

北京通州区法院：女子重病才知男友已婚起诉要回25万房款

2013年11月26日 京华时报 裴晓兰

焦女士与黄先生相恋三年，贴补对方25万元房款。她称自己患重病后才知黄先生已婚，故起诉要求对方偿还25万元。近日，通州法院判决支持了焦女士的诉求。

焦女士称，她和黄先生相恋后住进了男方的一处房屋内。黄先生称房屋为她购买，并准备与她结婚，她出于感动便东挪西凑了25万元给黄先生用于偿还借款。

2010年秋，她身患重病，当查明她病情比较严重后，一直以家属身份出现的黄先生态度突变，称其已婚，且该房产系其夫妻共同财产，因此限期让她搬离。焦女士说，2011年8月15日，黄先生向她出具一份欠条，承诺一次性偿还她25万元，故她起诉要求黄先生还钱。

法院最终判决黄先生偿还焦女士欠款25万元。

（十）其他相关案例

上海静安区法院：出嫁孙女欲均分动迁款 静安法院一审判决酌情照顾祖母

2013年09月26日 解放日报 栾吟之 李鸿光

晓妮（化名）状告祖母、父母亲及叔叔姑姑等5人，要求获得动迁补偿款的六分之一，共42.4万余元。日前，静安区法院一审判决，由祖母给付晓妮征收补偿款35万元。

1995年2月，晓妮搬到新闸路的房屋内，与祖母“同号分户”共同居住。直到2011年，晓妮结婚后才搬至夫家居住至今。2012年10月，该处被政府列入征收范围，里面有晓妮、祖母、父母亲及叔叔姑姑6人户口。今年4月，晓妮祖母与征收公司签订征收补偿协议，各类奖励补贴款计254.8万余元。

今年6月中旬，晓妮向法院诉称，自己的户口在这套房子里，有权获得六分之一补偿款。法庭上，年近九旬的祖母辩称，晓妮不属于该房屋的原始受配人；即便居住过，也是长辈对她的照顾，不能就此获得同住人身份或居住权，更没有权利来主张动迁补偿利益。

法院认为，晓妮对该房屋享有居住权益，其祖母未提供晓妮曾享受过其他福利性质住房等情形，晓妮应属该

房屋共同居住人。但综合其他成员未提出分割要求及被征收房屋的实际使用情况等，特别是考虑到晓妮祖母系高龄老人、年老体弱需要照顾等因素，遂酌情判决晓妮祖母给付晓妮征收补偿款 35 万元。

法院强制执行，出嫁女终获补偿款 甘肃武威一村民组长因抗拒执法被拘留 15 天

2013 年 11 月 05 日 中国妇女报 袁鹏



在部分地区，侵犯出嫁女土地权益事件屡屡发生

罗某系武威市凉州区武南镇唐新村某组村民，1998 年第二轮土地承包时，和其家人承包该村土地 13 亩，后罗某出嫁，但户口仍在该村民小组。2009 亥村得到土地补偿款 466 万余元。经过村民代表会议讨论，决定按照人占七亥决定，罗某按地分配应该得 11022.22 元，按人分配应分得土地补偿款 24721.68 元。但该村民小组在分配土地补偿款时，仅支付罗某按地补偿款 11022.22 元，以其已经出嫁为由拒绝支付按人分配款 24721.68 元。

对这样的分配，罗某不服，“我自己承包了村上的土地，并且户口也在村上，只是因为出嫁了，就不能享受与其他村民一样的待遇？”她认为村民小组侵犯了自己的土地权益。

罗某的父亲还告诉记者：“村上修路、修河，出义务工、公用工的时候，自家都是按 5 个人出的，但到了分配土地补偿款的时候，村里却不按 5 个人分，这显然不合理。”

协商不成，罗某以村民小组侵犯其土地权益为由，将凉州区武南镇唐新村第三村民小组告上了法庭。

村民小组拒绝执行法院判决

经过审理，凉州区法院对该案件作出如下判决：原告罗某虽然已经出嫁，但户口在被告所在村组，且仍承包被告的土地，故原告仍是被告集体经济组织成员。承包经营的土地被征用后，原告作为被告成员，有权分得土地补偿款。被告以原告已经出嫁为由拒绝支付按人分配款，侵害了原告的合法权益，遂判决被告支付原告按人分配土地补偿款 24721.68 元。

凉州区法院一名法官告诉记者，判决后，双方均未提出上诉，判决生效后被告也未提出申诉。但自 2011 年该案判决以来，被告村民小组拒绝执行该判决。在法院对该案件执行中，被告村民小组认为判决不公，并以没有收到判决书、原告户口有问题等理由拒绝执行。

据了解，因为被告拒绝履行其义务，原告向凉州区法院申请强制执行。凉州区法院在对该案件进行认真复核以后，认为判决合理，最后决定强制执行。但在法院立案执行过程中，被告不但不积极履行义务，反而肆意辱骂执行法官，聚众哄闹法院，并且纠集个别群众上访、闹访。甚至在法院协调租用该村土地的厂家执行判决时，村民小组从中阻挠，施加影响，使得该判决执行不下去，案件久拖未决。

具体参与执行的凉州区法院法官魏全席告诉记者：“该案件执行难的主要原因不是被告没有执行能力，而是被告方村民小组对判决维护了出嫁女权益有抵触情绪，抗拒执行法院判决。”

为此，凉州区法院对被告村民小组负责人吴某执行司法拘留十五日，对其他执行中哄闹法院的村民进行了批评与法制教育。慑于法律的威严，被告村民小组终于执行了判决，日前，原告罗某已经拿到了这笔补偿款。

加强涉妇案件审判，贯彻优先保护原则

今年 10 月 9 日至 13 日，记者参加了由甘肃省人大内务司法办公室与甘肃省妇联联合进行的关于《中华人民共和国妇女权益保障法》及《甘肃省实施〈妇女权益保障法〉办法》执行情况的调研。

在凉州区法院调研时，该院特别介绍了涉及妇女土地权益维护的相关情况。对上述案例，该院表示，对于村民小组抗拒执行判决的行为，法院果断采取拘留等强制措施，使外嫁女足额拿到了征地款。该案例对于扭转农村普遍存在的歧视妇女、随意侵害妇女合法权益的不良风气起到了有效的遏制作用。

在该院，记者还了解到，近年来，该院加强涉妇案件审判，切实保障妇女合法权益。为此在民事审判庭专门设立了妇女维权合议庭，专门审理辖区内发生的涉及妇女权益保障的疑难案件、争议较大案件或者敏感案件。围绕侵犯妇女权益、家庭暴力、财产纠纷等案件，妇女维权合议庭按照优先保护原则，积极开展妇女维权活动，加大执行力度，实现了法律效果和社会效果的有机统一。

对于凉州区法院维护出嫁女土地权益的有效措施以及落实《妇女权益保障法》的一系列做法，甘肃省人大内务司法办公室及省妇联的负责人表示了肯定。

(十一) 赠与案例

杭州中院：丈夫出钱养“小三” 分手还送三十万 法院：违法获得的赠与应返还

2013年09月30日 浙江法制报 通讯员 韩圣超

丈夫动用家庭资金在外面养“小三”，之后还给分手费，做妻子的能把这些钱要回来吗？近日，杭州中院终审判决一起财产损害赔偿纠纷，判决丈夫的赠与无效，“小三”要返还财产。案情回放：

李先生与孙女士于2004年1月登记结婚。2008年11月，李先生在朋友聚会上结识了年轻貌美的周小姐，两人迅速发展为情人关系。期间，李先生多次给周小姐钱供其日常花销，总计17.5万元。2011年3月，两人分手，李先生支付周小姐分手费30万元。

此后，孙女士在核对家庭账目时发现，家里有大笔不明开支。此时，李先生才向孙女士坦白，自己与周小姐曾是情人关系。孙女士一气之下，将周小姐诉至法院，请求判决丈夫的赠与行为无效，要求周小姐全额返还47.5万元。

一审法院经审理，判决支持了孙女士的诉讼请求。判决后，周小姐不服，提起上诉。

杭州中院二审后认为，夫妻在婚姻关系存续期间所取得的财产，属夫妻共同财产。李先生未经孙女士同意将钱款赠与周小姐，属擅自处分夫妻共同财产，侵犯了孙女士的财产权。且李先生的赠与行为本身基于其与周小姐的婚外不正当关系，违反了婚姻法的禁止性规定。周小姐明知李先生有配偶，而与之建立情人关系并接受赠与，具有明显的过错。

据此，二审法院支持了孙女士的一审诉请，判决周小姐向孙女士返还47.5万元。

法官说法：赠与本是一种将自己的财产无条件地转移给他人的精神上高度契合的行为，基于感情出轨的赠与却是对夫妻关系的背叛和精神伤害为代价，以对他人的权利侵害为前提，而形成财产权利的不对等转移。

因此，《合同法》第52条规定，损害社会公共利益的合同无效。夫妻之间具有相互忠实的义务，配偶一方擅自赠与共同财产给第三者，违反公序良俗、挑战道德底线是毋庸置疑的。所以，从这个角度讲，本案李先生赠与“小三”财产的行为应当认定无效。

本案还涉及对夫妻共同财产的处分权问题。婚姻关系存续期间，没有特别约定的，夫妻双方对共同财产形成共同共有关系，不分份额地共同享有所有权。虽然《婚姻法》第17条第2款规定：“夫妻对共同所有的财产，有平等处理权。”但夫妻一方对共同财产的平等处理权是受限制的。

对此，最高法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第17条第2款规定：“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫或妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻共同意思表示的，另一方不得以不同意或者不知道为由对抗善意第三人。”

本案中，李先生赠与周小姐47.5万元数额巨大，显然不属于因日常生活需要处分共同财产。因此，出轨的李先生的行为侵害了妻子的合法财产权益。而且，由于周小姐是无偿取得财产，不符合“善意取得”的构成要件。据此，李先生赠与“小三”财产的行为应当认定为无效，孙女士有权请求返还。

当前，夫妻一方擅自将共同财产赠与第三者的现象并不在少数，对这种行为除了应受舆论谴责外，法院的审判也具有一定的导向作用，上述判决的作出正是基于维护婚姻家庭稳定性的考虑，也是给“小三”提一个醒：靠不道德手段取得的财产是不牢靠的，未必能得到法律的保护。

上海一中院：房屋赠与虽公证却未办过户登记 法院判不成立

2013年11月07日 解放日报

16年前，小兵和爷爷奶奶到公证处签下《赠与合同》，两位老人答应将自住房屋赠给他。二老过世后，小兵发现想要回这套“理应属于自己”的房子很难。近日，上海一中院作出终审判决，认定根据现有情况，不能认定《赠与合同》有效，小兵的诉请终被驳回。

遗留的房子突然要动迁

1997年，刘老先生和夫人俞老太与不足18岁的长孙小兵签订房屋《赠与合同》，约定将自己名下的一套万航渡路的房屋送给小兵。《赠与合同》在长宁区公证处公证时，公证员根据当时的法律规范、相关文件规定，加上了第四条：“本赠与合同经公证，并在办妥房屋过户登记手续后成立。”虽然公证员提醒他们及时办理过户，但公证后双方均未办理过户登记手续。

这套房屋一直由刘老夫妇居住，而两位老人先后于2000年和2008年去世。此后，这套房子处于空关状态。直到将要动迁的消息传来，房产归属突然成了亲属们热议的话题。几番争吵不欢而散后，小兵诉至法院，要求确认自己对房屋的所有权。

“由于办理产权过户需要缴纳一笔费用，当时家庭经济拮据无力负担，所以未能办理。”小兵提出，在爷爷去世后自己想去过户，却被告知除非通过诉讼，仅有奶奶和小兵无法办理。“为了避免打扰奶奶的生活，我没有在她生前提起诉讼，但二老生前从未对赠与房屋有过反悔。”

小兵的说法遭到姑姑叔叔的反驳——二老生前已经不愿将房子赠给小兵，迟迟未过户并非经济上的考虑。他们认为，按照约定，赠与合同在办妥房屋过户登记手续后成立，但涉讼房屋的登记过户手续未办理，故该《赠与

合同》未成立，也不生效。

赠与无效房屋归属存疑

原审法院一审认为，赠与人始终未去办妥涉讼房屋过户登记手续，故《赠与合同》未成立。小兵一审败诉后上诉要求撤销原审判决。

二审法院认为，本案的关键问题在于法律适用的争议。《赠与合同》在1997年7月订立，而《合同法》于1999年10月1日施行，对该法施行之前的合同行为原则上应适用当时的法律规定。

按照当时的规定，在房屋作为赠与物的情况下，交付意味着必须办理过户手续，故一般以办理过户手续作为赠与关系成立的标志。如果有书面赠与合同，且赠与人将产权证书交与受赠人、受赠人已占有和使用该房屋，满足上述三个条件的，则可以认定赠与有效，令其补办过户手续。

本案中，刘老夫妇与小兵虽然签订了书面赠与合同并经过公证，但双方并未办理过户手续，赠与人亦未将产权证书交予受赠人，受赠人亦未根据赠与合同占有、使用该房屋，故不符合上述规定。（人物为化名）

五、继承

（一）继承审判动态

上海市第二中级人民法院：代书遗嘱，为何纠纷频现

2013年10月27日 人民法院报 王伟 李迎昌

遗嘱是被继承人生前作出的处分自己财产及安排与此相关的事务并于其死亡后才发生效力的意思表示。法律规定，公民可以自己书写遗嘱，也可以请别人代为书写，即代书遗嘱。为了确保代书遗嘱的真实性，法律对代书遗嘱的形式要件进行了严格的规定，但审判实务中，立遗嘱人、代书人、见证人由于缺乏对遗嘱方面法律知识的了解，导致所立遗嘱无效的情况较为常见。

近期，上海市第二中级人民法院对近年来审理的代书遗嘱纠纷案件进行梳理，发现遗嘱继承纠纷中涉及代书遗嘱效力问题的案件呈增多趋势。该院民一庭拥有丰富办案经验的三位法官结合审判实践，对代书遗嘱存在的问题给出了意见和建议。

案例一：被继承人真实意思表示是关键

刘先生与颜女士有五个子女。多年来刘先生夫妇二人一直与孙子小军居住在一起，他们原先承租的公房购买后，产权人登记为刘先生夫妇和小军三个人的名字。

2012年，刘先生去世，因遗产继承问题，颜女士将五个子女及小军告上法院，要求对刘先生的遗产，即房屋三分之一的产权份额进行分割继承。

法庭上，小军拿出了一份遗嘱，该遗嘱载明立遗嘱人为刘先生、颜女士，内容为“立遗嘱人中的任何一个人去世，其在上海市金汤路房屋中所享有的产权份额均赠与共有产权人孙子小军”，落款处分别有立遗嘱人的印章及两枚指纹印记，还有见证人的签名、代书人的印章、立遗嘱时间。

对这份遗嘱，颜女士认为，被继承人刘先生晚年患有老年痴呆，民事行为能力受限制；遗嘱代书人是孙子小军聘请的，且遗嘱是事先制作好后带到刘先生家中，遗嘱内容并没有读给刘先生听；见证人也未起到见证作用，无法确认刘先生的手印、印章是如何形成的。因此，该遗嘱应当无效。

为了查清事实，法庭传唤了遗嘱的代书人出庭作证。代书人向法院陈述，当时是小军请他去做代书遗嘱的，代书的内容也是按照小军的陈述打印好后带到刘先生家中给两位老人读过的，但记不清当时刘先生是否签字、捺手印了。

法院审理后认为，本案涉及的代书遗嘱并非由代书人按照被继承人刘先生的口述制成，而是根据继承人小军告知的内容打印制作的，不存在代书人根据被继承人口述设立遗嘱的事实，而且继承人小军告知的内容是否就是被继承人刘先生口述的内容，也无法证实。刘先生是否本人签字或者捺手印也已经无法证实，所以刘先生所立代书遗嘱无效。法院最终判决刘先生的遗产由包括颜女士在内的六名继承人共同继承。

该案承办法官岑华春指出，代书遗嘱要求立遗嘱人必须亲自口述遗嘱内容，而不是由代书人按照自己的意思设立遗嘱，也不是由代书人按照被继承人之外的其他人的口述设立遗嘱。代书人只能按照立遗嘱人的意思表示，如实记载立遗嘱人口述的遗嘱内容，而不可对遗嘱的内容作出实质性的修正或更改。本案中，立遗嘱人并没有口述遗嘱的内容，而是由继承人小军陈述遗嘱的内容，难以认定为立遗嘱人的真实意思表示，所以遗嘱为无效。

案例二：利害关系人不能代书遗嘱

2007年，刚满60岁的陈阿婆因重病住院。病床前的陈阿婆对房子的事情始终放心不下。原来，陈阿婆有四个子女，前些年小儿子看到父母住房困难，就贴补了两位老人一笔钱，购买了陈阿婆夫妻居住的房屋。房屋的产权证上面写了陈阿婆、刘老汉和小儿媳、小孙女的名字。近年来，四个子女之间因为生活琐事产生了纠纷，陈阿婆担心在她离世后，因为房屋再起纷争，便跟老伴陈老汉商量立一个遗嘱。

陈阿婆让小儿媳写遗嘱，小儿媳按照刘老汉和陈阿婆的意思用电脑打印了一张遗嘱。病床前，陈阿婆、刘老汉叫来了除小儿子以外的三个子女，将遗嘱拿给他们看。遗嘱上写着：刘老汉、陈阿婆夫妇现住上海市某路201

室，该套房屋的产权由小儿子和小孙女继承所有。三个子女同意父母对房产的处理，并在这份打印的遗嘱上签了名。刘老汉和陈阿婆也盖上了个人的印章。此后，陈阿婆和刘老汉相继离世。

虽然有了遗嘱，四个兄妹还是因为房产起了纠纷。2012年，陈阿婆的二儿子向法院提起诉讼，要求析产继承这套写有父母名字的房屋。

法院审理后认为，代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和立遗嘱人签名。但继承人、受遗赠人，或者与继承人、受遗赠人有利害关系的人不能作为见证人。本案中的代书人小儿媳与“遗嘱继承人”是夫妻、母女关系，其作为代书人明显与继承法的相关规定不符，故法院认定该协议不符合代书遗嘱的形式要件，否定了这份“遗嘱”的效力。

遗嘱失去了效力后，本案所涉及到的房产应当按照法定继承的原则处理。鉴于两被继承人在生前确有将遗产交由小儿子继承的意思表示，兼顾小儿子对房屋出资贡献较大的因素，故法院终审判决在分割遗产时对小儿子给予适当的多分。

该案承办法官李罡指出，随着社会的发展，新型遗嘱也不断出现，如本案中的打印遗嘱。这份打印的遗嘱由被继承人刘老汉的小儿媳起草，刘老汉盖章确认，从形式上属于代书遗嘱的性质，但由于代书人与继承人具有利害关系，小儿媳不符合代书人资格。同时，该份遗嘱的见证人只有一人，不符合法律规定的两人以上在场见证的要求，在形式上有重大瑕疵。所以，刘老汉和陈阿婆让子女签署的这份带有遗嘱性质的协议，并不具有代书遗嘱的效力，最终，房产还是应按照法定继承原则进行分割。

案例三：见证人必须到场

林先生与前妻有一个儿子。步入中年，林先生与郑女士再婚，双方生了一个女儿。女儿出生后不久，林先生与郑女士夫妻关系恶化。2010年，林先生得知自己生重病后，到法律服务所咨询遗嘱和继承的相关法律规定，林先生表达了自己立遗嘱的意愿以及百年之后将自己的房产给儿子的心愿。法律服务所的工作人员小张按照林先生的表述，打印了一份遗嘱交给了林先生，应林先生的邀请，小张在遗嘱上作为代书人、见证人签了名字。

林先生去世后，林先生的儿子与继母郑女士就遗产分割产生分歧，儿子拿出遗嘱，要求继承父亲名下的房产。而继母则认为，林先生去世前眼睛有疾病，看不清楚遗嘱的文字，所以遗嘱应该是无效的。

法院查明，林先生从法律服务所工作人员小张手中拿到打印的遗嘱时并没有当场签字，而是将这份打印的遗嘱拿回了家。此后，遗嘱的代书人小张并没有看到林先生签字的过程。

法院认定林先生的遗嘱是由小张代书的，按照法律规定代书遗嘱应当有两个以上的见证人在场见证。林先生的代书遗嘱只有小张一人起草、一人见证，而小张也没有看到林先生签字的经过。所以这份遗嘱是无效的。最终，经法院调解，林先生的儿子与同父异母的妹妹及继母对房产作出了合理的分割。

该案承办法官王江峰指出，按照我国继承法规定，代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书。代书人和见证人应当见证立遗嘱人表述对财产处理的陈述并在遗嘱上签字的全过程。本案林先生的遗嘱是由小张代为起草、打印的，是代书遗嘱。但这份遗嘱缺少法律规定的两个以上的见证人在场见证的形式要件，同时，小张作为代书人、见证人，他并未见证遗嘱最终形成的整个过程，违反了见证人须在场见证的法律规定，所以是无效的。

■法官提醒

完善细节让“代书”实现心愿

当今社会，公民个人财富日益增长，很多老年人因为身体状况、文化所限等原因，往往采用代书遗嘱的方式分配遗产。

从法律层面上讲，代书遗嘱是要式民事法律行为，我国继承法第十七条第三款规定：代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。该法律条文对代书遗嘱的形式作了严格的规定，以确保代书遗嘱的真实性。代书遗嘱在形式上应特别注意以下几点：

见证人问题。见证人首先应具有行为能力，对被继承人的真实意思有一定的识别能力，无行为能力、限制行为能力的人或者对被继承人的意思缺乏识别能力的人应排除在外；代书遗嘱见证人的人数应是两人以上，且必须由其中一人代书，见证人人数不足或者在遗嘱上签名的见证人并未代书遗嘱等情形均违反法律规定；见证人与继承人须无利害关系，见证人若与继承人有利害关系，容易产生利益上的裹挟，违反被继承人的真实意愿，故法律予以禁止。

见证过程问题。被继承人订立遗嘱过程中，见证人必须自始至终在现场见证整个遗嘱订立的过程，其标准应该是时间、空间的高度一致性。见证人在遗嘱订立中途加入见证，或者在订立过程中临时走开，并未见证整个过程，事后回到现场签字，又或者见证人自身并未见证，仅是事后听闻后在遗嘱上签字以凑齐法定人数等情形，都会导致见证人无法了解遗嘱内容是否是被继承人的真实意思，进而导致遗嘱无效。

遗嘱的完备问题。代书遗嘱的形式完备至关重要，代书遗嘱的签字、暑期等“细枝末节”问题都会关乎遗嘱的效力。被继承人的签字关系遗嘱是否是其真实意思，见证人的签字则关乎代书遗嘱是否经其见证，而用盖章、捺印的方式代替签字易产生真伪难辨的状态，影响对遗嘱效力的判断。遗嘱订立时间应清晰记载年、月、日，否则订立时间难以判断，会增加了解案件事实的难度，同时在有数份遗嘱的情况下，遗嘱订立的时间是判断何份遗

嘱为最后遗嘱的唯一依据。

俗话说，“细节决定成败”，实践中有不少代书遗嘱因“失之毫厘”而“谬以千里”。一份有效的代书遗嘱会达成被继承人的最后心愿，而一份不完美的代书遗嘱会让继承人之间产生猜疑、争执、怨恨甚至对簿公堂，但无论如何，继承人之间应该本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题，此为法律精神的要求，亦是人伦道德的体现。

北京丰台区法院：不知老伴有养子 老太为房打官司

2013年11月19日 北京晚报 通讯员 于璇

84岁的杨老太在办理手续继承老伴生前留下的房产时，竟发现老伴儿多了一个“儿子”，因为这个“儿子”的不配合，导致杨老太无法继承遗产。无奈的杨老太将白先生诉至法院，要求确认老伴儿白大爷的遗产归自己所有。近日，丰台法院正式受理了此案。

杨老太起诉称，1970年，她和白大爷登记结婚，两人都是初婚，婚后一直没有孩子。2000年的时候，夫妻购买了坐落于丰台区某处的房屋，产权登记在白大爷名下，为夫妻共有财产。2006年，在两位邻居的见证下，杨老太和白大爷同时立下遗嘱：一方先去世，家庭财产全部由对方继承。

今年7月，白大爷去世。杨老太办理房产过户手续时，发现白大爷的职工登记表中填有一子，即被告白先生。实际上，被告白先生是白大爷哥哥的儿子。因白先生不愿配合，致使公证手续无法继续办理。

杨老太认为，白大爷有权立遗嘱处分个人财产。根据遗嘱，其所有的房屋份额应由杨老太继承。白大爷生前从未告知杨老太其有生育或收养子女，40多年来白先生与杨老太一家没有任何联系，也没有尽过任何子女义务，甚至白大爷去世时也未前来参加葬礼，白先生无权继承遗产。杨老太称，自己年事已高，没有子女赡养，没有劳动能力和收入来源，且疾病缠身，常年需要高额的医疗、护理、营养费用，生活十分困难，因此只好诉至法院，要求确认白大爷所立遗嘱有效，并由她继承涉案房屋。

北京西城区法院：张治中后人争房产和解此案历时近一年 父子双方言和

2013年11月22日 京华时报 杨凤临

抗日名将张治中之子张某，因共有住房纠纷将两个儿子诉至西城法院。历时近一年后，张某与两子于近日达成调解协议。

张某在起诉书中称：张某于2001年4月4日取得西城区某处房屋产权。2007年9月12日，张某的配偶去世后，该处房产长期由次子居住。因张某年事已高，为安度晚年，希望收回该处房产，而张某的次子始终拒绝父亲的要求，长子也不出面“主持公道”。无奈之下，张某将两个儿子告上法院，请求法院对该处房屋进行折价分割。

张某的两个儿子辩称：该房屋系1979年，组织上收回过世的张治中的公寓，为照顾张某一家4口的生活重新分配所得。虽然房产证上只写了张某的名字，但该房屋实际上是爷爷张治中的遗产，因此两人作为孙子同样享有继承权。因此两名被告不同意对该处房产进行变卖分割。

据了解，本案历时近一年。近日，在法官的耐心释法析理下，张某终于与两名儿子达成调解协议，最终决定，涉诉房屋归张某次子所有，张某次子按照房屋评估价格给付张某和张某长子补偿款。

北京通州区法院：300万拆迁款惹连环官司 八旬老父去世 五子女陷官司争端 孙女起诉称自己才是继承人

2013年11月25日 北京晨报网 颜斐

年过八旬的王老汉去世后，其身后留下的300余万元拆迁款及一套安置房引发5个子女间的连环官司，就连孙辈也牵扯其中。近日，通州法院宋庄法庭审理其中一起要求撤销法院调解书的案件。四个哥哥姐姐当庭怒斥被告席上的弟弟，指责他为独吞遗产制造虚假诉讼，还污蔑他们不孝顺，“钱可以不要，但你不能说我们不养爹妈！”

小儿被指作假独吞拆迁款

“你这个灭心的，为了钱办缺德事，还撒谎说自己翻建过老房子，说我们不养老人！”庭审开始，四原告就情绪激动地教训起弟弟来。面对哥哥姐姐连珠炮似的指责，被告老五一直侧着脸不语，低头拨弄手里的曲别针，偶尔被骂狠了才回一句嘴。

据王先生等四原告说，父母1980年在宅基地上建了四间北房，当时老五尚在上学，其余人都参与建房。此后老五和父母一起住，其他人均分户另居。之后父母增建过房屋，老五帮助建设并部分出资。2009年老房子拆迁，当时母亲已经去世，父亲作为被拆迁人分得了300余万元拆迁款和一套定向安置房。今年4月，住在老五家里的王老汉去世，因继承遗产协商未果，四原告将老五告上法庭，要求依法分割。此案尚在审理中，老五的女儿小倩又将伯伯和婶婶和自己的父亲一起告上法庭。

孙女称有笔录遗产归她

小倩称，爷爷以遗嘱的方式将30万元的遗产和房子都赠给了她，因5万元爷爷生前已经花了，自己就继承25万元和房子。小倩提供的一份证据显示，早在2011年9月，王老汉曾起诉老五，称对方领走全部拆迁款，要求退还30万。老人称，被拆迁的房子都是老五在2005年翻建过的，因用了老房子的旧料，所以索要30万元。去年1月，通州法院出具民事调解书，老五支付父亲30万元。

对于爷爷将30万元留给自己的理由，小倩则表示，依据王老汉的诉讼代理人王某于2011年9月19日所做的谈话笔录，王老汉认为其他子女都不尽赡养义务，故遗产都归她。

得知被侄女告了，而理由是父亲称自己不孝，王先生等人又气又尴尬。“我们对父母一直都很孝顺，每个月都给钱，老人轮流跟我们住，怎么可能说我们不赡养？”王先生说，此外老房子也从未翻建，父亲不可能说是老五翻建的。“父亲2011年1月就半身不遂，无法正常语言交流，他也不可能找代理人替他打官司。”他们认为，老五与诉讼代理人一起制造了虚假诉讼，目的就是想证明拆迁房屋是其出资建设，以独吞父母的全部遗产。

据悉，不久前小倩的起诉已被法院一审驳回，理由是法院认定谈话笔录不属于有效遗嘱。王先生等人随即将老五告上法庭，要求撤销法院此前作出的民事调解书。

庭后证人被骂帮人作恶

庭审中，四原告说，被拆迁房屋是父母的共同财产，拆迁补偿款是对父母共同财产进行的补偿。母亲去世后，他们所有子女及父亲均依法享有继承份额，父亲无权单独处理全部拆迁款。法院当年未查明涉案财产状况而做出的调解书违反法律规定，应当撤销。四原告还找来两个证人，证明老房子未翻建过以及他们是赡养老人的。此外，村里拆迁前给每个拆迁户录像，也能证明老房子未翻建过。

老五也找来曾代理父亲告他的诉讼代理人、某法律服务所的主任王某和一个当天来串门的朋友，证明王老汉做笔录时神志清醒，谈话笔录就是其真实想法。老五的律师称，王某是一个有着20多年工作经验的法律工作者，不可能干违法的事儿。该调解书具有法律约束力，不应撤销。

休庭期间，几个原告又将矛盾对准王某，指责他为骗老人的两万元律师费而干缺德事，还称老五的律师帮着他瞎说。法官表示，如庭后调解不成将择期宣判。

北京三中院：仨子女与继母争夺祭奠权

2013年11月26日 北京晨报网 彭小菲

父亲去世，仨子女认为继母未按照父亲生前遗愿将遗体保留葬回故乡，于是对簿公堂，争夺祭奠权。近日，市三中院受理了这样一起上诉案。

老王与前妻育有三子女，后与李女士再婚生下一子李乙，同时带着与前夫之子李甲一同生活。2011年6月老王去世，后事均由李女士及李氏兄弟办理，骨灰寄存证也由李女士保管。不久，王氏三子女到法院起诉称，父亲生前立有遗嘱，要求去世后“不要火化，要葬回故乡”，三人认为李女士及其二子严重违背父亲遗愿，并侵害他们的祭奠权，因此要求对方交出父亲的骨灰寄存证，并返还丧葬费5000元。李女士辩称，自1959年与老王结婚，自己一直负责照顾其起居饮食，并伴随他走完最后一程，有权对其后事做出安排。李女士还表示，她和两个儿子至今已为老王下葬花费6万多元，而王氏三子女并未参加葬礼，不应再要丧葬费。一审法院判决驳回王氏三子女的诉讼请求，三人不服提起上诉，目前该案正在进一步审理中。

(二) 继承立法动态

(三) 继承典型案例

北京市海淀区法院：

持遗嘱打官司 保姆赢得老人赠房 子女未尽赡养义务 老人名下房产遗赠保姆

2013年10月30日 北京晚报 记者 林靖 通讯员 崔佳辰

“抽空去给你们的爸妈扫扫墓吧！”在获赠郑志民老先生房产并领取到房产证后，这是保姆王春梅对老人的子女郑光、王敏说的第一句话、也是最后一句话。十年之间，王春梅早已听惯了流言蜚语，她觉得，为了这个家庭，她倾尽了自己的精力，从没有掉过一滴泪，然而当她面对冷漠的亲情时，这个女人被击垮了。

保姆悉心照料 老人自愿赠房

2000年，48岁的王春梅经人介绍到郑志民老先生家当保姆。虽然她刚刚丧偶，但这个朴实的农村妇女干活利落勤快，为人直爽乐观，给老两口留下了很好的印象。

退休干部郑志民与老伴刘秀兰是对半路夫妻，他的儿子郑光在国外留学，目前已在外定居。刘秀兰的女儿王敏在外地工作，也有了自己的家庭。其实，子女选择在外奔波闯荡，主要是对父母再婚的行为感到不满，两个孩子之间的联络也很少。

郑志民与刘秀兰夫妻俩时刻牵挂着儿女，这思念之情王春梅都看在眼里，却又无能为力，只能在生活上把他们照顾得体贴入微。王春梅陪老两口聊天，陪他们散步。她时常劝慰他们：“儿女在外没有不想念自己爹妈的，可现在正是他们奋斗的时候，你们要多注意自己的身体，保持一个乐观的心态，不要再让孩子们为你们的健康担心才好啊！”老人每次听了都很是宽心，感觉到了温暖。

八年之后，刘秀兰患脑中风住进了医院。在一个多月的时间里，王春梅一边照看刘秀兰，一边还要担心着家里的老爷子，家里、医院两头跑。

一天王春梅刚进病房，就听见同病房的病友们聊天，说刘秀兰老太太的女儿前一天早上来医院看了一趟老太太，可没待一会儿，接了一个电话就走了。

王春梅的心里说不出的难受。母女情意难道就如此淡薄吗？最终，刘秀兰没能逃脱病痛的折磨，2008年底老人过世了。

在此后的两年里，王春梅依然留在郑家，照顾郑志民老先生的衣食起居。人一上了年纪，总爱有个头疼脑热的，王春梅一如既往地贴心照料，这让郑老先生感动不已。

为了报答王春梅多年来对他们夫妇的照顾，郑老先生找到了邻居兼同事的张宏伟、孙忠作为见证人，由多年好友李奇代书遗嘱，自愿将现在所住房屋中属于自己的三分之二份额赠与王春梅。

子女赶走保姆 保姆无奈起诉

一年后，这事被远在外国的郑光知晓了，他气愤不已。凭什么自己父母的房子要留给一个外人？他立即放下了手中的工作准备回国，找老父亲理论。

就在他准备回家的前三天，郑志民因突发心脏病骤然离世。此后，王敏也得知继父过世并立有遗嘱的消息，她主动联系了郑光，两人决定无论怎么样，都不能让一个保姆占了原本属于他们的房产。

带着失去亲人的悲痛和对王春梅的愤慨，王敏和郑光强行搬进了父亲留下的这套房子，并将保姆王春梅赶了出去，换了门锁。二人还威胁王春梅如果再回来，他们就报警。

对于眼前的遭遇，王春梅怎么也想不明白：“明明郑老先生亲自留下了遗嘱，说房子有我三分之二的份额，怎么就这么被人赶出来了？如果我回去，他们还要报警？”

无奈之下，王春梅凭着郑志民老先生生前留下的那封遗书，之后将郑光、王敏起诉到北京市海淀区人民法院。

双方各持遗嘱 哪份才是真的？

在庭审过程中，王春梅简单陈述了她从2000年至2010年在郑志民老先生家从事家政服务的事实。在这期间，虽然郑老先生的儿女因为工作繁忙，无暇照料年迈的父母，但通过她无微不至的照顾，让两位老人又找到了儿女在身边时的快乐和满足。

郑志民老先生在2010年5月21日留下的遗嘱中称：“我决定将所住房屋的三分之二的面积赠与王春梅。这三分之二的面积是完全合法的，是我的一半房子，加上我继承我的前老伴刘秀兰的三分之一。我这样以报答王春梅七年以来对我付出的巨大心血和劳动，这是我自己的心愿，别人无权干涉。”

在这份遗嘱上，郑志民老先生签下了自己的名字，并按有手印。他的好友李奇、邻居兼同事张宏伟、孙忠作为见证人，也签了字。李奇代书“以上内容与郑志民所述一致”。

然而，就在王春梅讲述郑老先生遗嘱之后，郑光也向法院出具了一份遗嘱。“这是我父亲于2010年12月1日订立的遗嘱。”

这份遗嘱是由郑光的妻子王萍打印的。遗嘱的内容是：“立遗嘱人：我因年事已高，特立此遗嘱，对我和前妻刘秀兰共有房产在我去世后出售，作如下处理：一、该房产按实际建筑面积，出售后总额平均分为三分，儿子郑光、继女王敏、王春梅三人每人分得一份。二、为肯定王春梅多年以来对我的照顾，郑光、王敏每人在得到房产出售钱款后，拿出人民币2万元送给王春梅，以示感谢。该遗嘱一式三份，继承人每人一份。立遗嘱人：郑志民。见证人：王萍、王艳。”

两份遗嘱摆在眼前，王春梅和王敏、郑光双方都不认可对方所提交遗嘱的真实性。

法院二审判决 2/3房产归保姆

王春梅提供了郑志民老先生于2010年5月21日立遗嘱时的录像光盘，并附有见证人张宏伟、孙忠的证言。法院经过审理查证，根据王春梅提交的遗嘱以及相佐证的现场录像，认定这些可以完整地证明整个代书遗嘱的过程，见证人均在场见证。

而郑光提供的遗嘱及相关证人证言，法院认为只能证明该份遗嘱是王萍打印的，但是王萍作为代书人和见证人，并未在遗嘱上签字。因此，这份遗嘱在形式上存在瑕疵，法院不予认定。

由此，法院一审判决：郑志民名下的这套房屋的三分之二的份额归王春梅所有，三分之一的份额归郑光、王敏所有。

对于这一结果，郑光、王敏两人表示不服，提起上诉。但最终，二审法院作出了“驳回上诉，维持原判”的判决结果。

随后，案件进入了法院执行阶段。在被执行的过程中，郑光、王敏终于都承认在赡养父母方面，他们所尽的义务的确太少了，只顾着忙于自己的工作，而忽略了父母晚年儿女不在身边的孤独。“现在再想照顾父母，已是追悔莫及了啊！这些年，保姆王春梅也确实为了这个家庭付出了很多，这三分之二的份额是她应得的。”（文中当事人系化名）

老太因儿媳未尽赡养义务上诉索回赠与 20 间房产

2013 年 10 月 27 日 北京晚报 记者 严琪 通讯员 孙之智

本报讯(实习记者严琪 通讯员孙之智) 儿子因经济犯罪被刑事拘留后，赵老太担心自己的房产会被法院查封拍卖，遂马上将自己的20间房产全部赠与了儿媳和孙子，以为这样法院就不会查封其房产了。不承想，赠与协议签订后，儿媳态度大变，赵老太遂将儿媳和孙子告上法庭，要求撤销赠与协议。

赵老太今年61岁，早年其与老伴李先生在北京市通州区潞城镇先后建设了20间平房。2011年，赵老太的儿子小李因为经济犯罪被刑事拘留。赵老太一着急慌了神，担心儿子还不了债法院会把其房产查封拍卖，遂和丈夫商量对策。两人决定立即把房产赠与儿媳和孙子，以为这样就万无一失。赵老太很快找人草拟了赠与协议，她把20间平房全部赠与儿媳孙子，由儿媳履行赡养义务。协议签订后一段时间，双方相安无事。但之后，赵老太发现儿媳对自己不太热情，也不愿意照顾了，再加上听人说儿媳在没有和自己儿子离婚的情况下在外“谈朋友”，遂找律师写诉状欲要回房产，以免自己竹篮打水一场空。

法庭上，儿媳一脸委屈地说：协议签订后，我已实际取得了受赠房屋，赠与协议有效。我将部分房屋出租的租金给原告作为生活费，尽心尽力地照顾原告，没有不履行义务。

法官查明，关于上述赠与协议的签订背景，双方均认可由于当时赵老太之子被刑事拘留，担心上述房屋被处分或查封，遂签订了赠与协议。

最终，法院认定赵老太签订赠与协议的主要目的是防止因儿子犯罪累及自身房产，赠与并非其真实意思表示。赵老太签订赠与协议是一种重大误解的行为。根据法律规定，因重大误解订立的合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。故法院最终判决依法撤销了这份赠与协议。J195(原标题：老太赠儿媳孙子房产 属重大误解法院判撤销)

无锡市中级人民法院：悉心照料罹癌前妻至辞世 离异不离弃 前夫分得前妻遗产

2013年09月25日 上海法治报 董震 石晓芹

夫妻离婚后，双方之间的一切法律关系理应不复存在，江苏省宜兴市的一位男士却向法院请求继承前妻的遗产。没有继承权的前夫可以继承前妻的遗产吗？近日，无锡市中级人民法院对这起特殊的法定继承纠纷案作出了终审判决，认定前夫对前妻在离婚后尽了较多义务，可据此分得适当遗产。

离异后前妻得癌

前夫自愿照拂

2007年10月4日，一对50多岁的中年男女一前一后走进了宜兴市民政局。那女子一副气呼呼的样子，急匆匆地走在前面。那男子却总是慢上半拍，亦步亦趋地跟在女子后面。进门之后，男子一把拉住前面的女人，带着哀求的口气说：“我说老婆，咱们还是回家吧！都是我的错，有什么错我以后全部改，我以后一定一心一意对你好，只求你不要离婚了！”女人把男人的手狠狠一甩，声音很低却坚定地说：“什么都不要说了，迟了。两个字——离婚！”

这对夫妻叫李华州与陈芝兰。从陈芝兰的语气中，李华州知道他已经无法挽回妻子离去的脚步，他们30多年的夫妻关系再也无法维系，只好无奈地在离婚协议书上签了字。他们共同的女儿李歆已经26岁，大学毕业后到苏州市工作，在那里成家立业了。夫妻共同财产主要是两套房子，一套是他们正共同居住着的住宅房，还有一套是他们共同投资的商业用房。在协商离婚条款的时候，李华州主动提出价值较高的商业房归陈芝兰所有，住宅房归他所有，但陈芝兰仍然可以居住。陈芝兰同意了他的分配方案，但表示她不会再居住在现在的住宅房中，她要到苏州和女儿一起过。李华州无奈地接受了她对自己的安排，但诚恳地说：“即使离婚了，这里永远是你的家，你可以随时回来住。”陈芝兰苦涩地摇了摇头，未置可否。

离婚之后，伤心失意的陈芝兰就按照既定的计划，到苏州与女儿李歆一起共同生活，李华州仍居住在原来的家中。但陈芝兰对客居苏州的生活始终无法适应，不久又回到了宜兴。宜兴虽然有娘家，但是陈芝兰觉得住在娘家总归不合适，而商业房一直出租给商户做生意，收回来既不现实，也很不划算。李华州从女儿处知道前妻回到了宜兴，主动打电话给陈芝兰让她还是住回来，反正房间多。想来想去，陈芝兰还是觉得住在自己原来的家习惯、舒适，虽然那里面住着已经离异的前夫。

对陈芝兰的回来，最开心的要数李华州了。他立即抓住来之不易的机会大献殷勤，做饭专拣前妻喜欢吃的，每天把家收拾得清清爽爽，让陈芝兰心情逐渐好转起来。两人形成了离婚不离家的格局，虽然各住各的房间，但其他方面已经和其他夫妻一样一起共同生活了。李华州期待着用自己的真诚修复曾经给陈芝兰带来的不愉快，争

取早日复婚。

就在李华州沉浸在重续夫妻情的美好憧憬中时，不幸的事情发生了。2008年5月，陈芝兰被确诊为乳腺癌。这个晴天霹雳般的消息把一贯独立坚强的陈芝兰彻底击垮了。李华州也格外悲伤，但他深知这个时候最重要的不是悲伤，而是需要他作为家里的顶梁柱站得更高更直。虽然他和陈芝兰已经离婚，但离婚后他没有再娶、陈芝兰也没有再嫁，重要的是他们依旧生活在一起，在他心里，她依旧是且永远是他的妻子，他必须负起这个责任来。

之后的两年多时间里，陈芝兰先后在上海肿瘤医院、宜兴市人民医院、上海第六人民医院、苏州市第一人民医院手术、放疗、化疗，李华州像她的丈夫一样鞍前马后全身心照顾，尽自己一切力量救助前妻。可惜的是，因为发现得太迟，各大医院都回天无力，在花费60多万元医疗费后，还是没有能够留住陈芝兰的生命。2010年8月17日，陈芝兰病故。

临去世前，陈芝兰紧紧握着李华州的手，遗憾地说：“如果有来世，我一定和你复婚！”李华州知道不管他错过什么，陈芝兰已经谅解了他、接受了他。

前夫欲继承房产

岳母告上公堂

陈芝兰去世后，李华州和女儿李歆、陈芝兰的母亲陈宝梅一起处理了陈芝兰的后事。之前大家一心一意扑在为陈芝兰治病的事情上，拧成了一股绳，而陈芝兰走后，他们却产生了很大的矛盾，原因就为陈芝兰的遗产——那套离婚时分给她的商业用房。李华州本来想得很简单，就留给女儿李歆好了。但陈芝兰的母亲陈宝梅说，按照法律她也可以继承一半。李华州一听心里就有了疙瘩，房子是他和陈芝兰一起买的，如果不离婚，按法律规定他可以得到夫妻共同财产一半还多的，最后他可以全部给女儿。就因为办了个离婚手续，他就失去了这套价值不菲的商业用房的所有权利，而本来只能够得到他们夫妻共同财产六分之一的前岳母变成了得到商业用房的一半。关键是陈宝梅已经70多岁了，她自己现在有房住，并不是真正需要这套房，她和女儿争房子，不就是陈家的子孙和李家的后代抢房子吗？

李华州和李歆都不答应陈宝梅对商业用房的“一半说”，事情陷入了僵局。

2012年8月7日，陈宝梅的一纸诉状打破了这个僵局。陈宝梅诉至宜兴市人民法院，要求与李歆各半继承陈芝兰的房产。在案件审理过程中，李华州申请作为第三人参加诉讼，说他虽然与陈芝兰因琐事协议离婚，但双方仍共同生活在一起，陈芝兰患病后直至去世长达两年多的时间，是他尽心尽力照顾、陪护，自己的全部积蓄都用于给陈芝兰看病和生活开支，他要求分得上述房产中30%的份额。

宜兴市人民法院公开开庭审理了此案。李歆说，她对母亲陈芝兰尽到了完全的扶养义务，为母亲治疗还四处举债，对遗产享有多分的权利；陈宝梅没有对陈芝兰进行过资金上的帮助，应当少分或不分；李华州不是法定继承人，对陈芝兰的照料是协助女儿、减轻女儿的负担，不能分配遗产。为证明自己的主张，李歆提供了60多万元的医疗费票据及费用清单等。

陈宝梅对李歆提供的60多万元医疗费没有异议，但认为其中的80%已经报销，自费部分不需要那么多，陈宝梅的儿子、亲戚向陈芝兰资助达40多万元，所以给陈芝兰治病是不用负债的。陈宝梅还提出，陈芝兰的病与李华州的不轨行为有关，李华州是为了弥补过错才照顾陈芝兰的，所以李华州不能分配遗产。

李歆承认母亲生病后，亲戚来看望时确实有礼节性的慰问金，但怎么可能有40多万元这么多？

作为已经离异的夫妻，没有继承权的前夫要求继承前妻的遗产，法院会支持吗？

宜兴市人民法院审理后认为，公民依法享有继承权。同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产。本案中，陈宝梅、李歆为陈芝兰遗产的同一顺序继承人，李华州属继承人以外的人。关于第三人李华州，其对被继承人陈芝兰无任何法律义务，但其能不离不弃，照顾陪护至陈芝兰去世，故可以分给他适当的遗产，法院酌情确定其可分得遗产的20%份额。对于陈宝梅提出的陈芝兰的病与李华州的不轨行为有关、李华州是为了弥补过错才照顾陈芝兰的、要求法院驳回第三人李华州请求的主张，不予采纳。对李歆提出的第三人李华州不能要求分配遗产的主张，不予采纳。同时认为，根据陈宝梅、李歆申请出庭的证人证言，在对陈芝兰的照顾方面，陈宝梅、李歆均尽到了自己的努力，可认定双方对陈芝兰都尽到了照顾义务。关于陈芝兰的医疗费支出及其他费用支出，的确数额较大，陈宝梅主张其大儿子及亲戚资助陈芝兰达40多万元的依据不充分，李歆主张该费用均系她支出的依据也不充分，因陈芝兰生前经济条件较好，不能排除该费用由陈芝兰自己支出，故对李歆据此要求多分遗产的主张，不予采纳。关于李歆提出的与被继承人共同生活要求多分遗产的主张，陈芝兰从2007年10月去苏州，与李歆共同生活时间很短，自2008年5月起至去世的两年多时间，大部分时间在各地医院治疗，由陈宝梅、李歆及李华州等共同照料，故李歆不符合继承法规定的与被继承人共同生活而可以多分遗产的情形，对李歆的该主张，不予采纳。据此，法院认定陈宝梅、李歆应得遗产的份额均等，各可分得40%的遗产份额。依照《中华人民共和国继承法》第10条、第13条、第14条之规定，宜兴市人民法院判决：陈芝兰的遗产商业用房1套，由陈宝梅、李歆各得40%份额，李华州得20%份额。

夺房战尘埃落定

前夫获支持

宣判后，陈宝梅、李歆均不服，分别提起上诉。无锡市中级人民法院于2013年4月22日受理后，依法组成

合议庭审理了此案。法庭上，岳母与前女婿、外孙女与外婆之间展开了激烈的夺房大战。

承办法官指出，李华州虽因离婚属继承人以外的人，但根据查明的事实，李华州与陈芝兰离婚后，双方仍一起共同生活；陈芝兰患病后，李华州能不离不弃，始终陪护照顾直至陈芝兰去世，所以可以认定李华州对陈芝兰尽了较多扶养义务，并可据此分得适当遗产，原审法院酌情确定李华州可分得遗产 20% 的份额并无不当。

陈宝梅向法官提出，自己年事已高，没有劳动能力，又患有多种疾病，分配遗产时应当多分。

李歆则反驳外婆说，自己为母亲陈芝兰治病四处举债，尽最大努力照料母亲直至其离世，她才是应该多分遗产的人；而陈宝梅对被继承人没有尽到扶养义务，应当不分或少分遗产。

对祖孙俩均主张要求多分遗产的争论，法院经审查后认为，在对陈芝兰的照顾方面，陈宝梅、李歆均尽到了自己的努力，可认定双方对陈芝兰都尽到了照顾义务。但陈宝梅、李歆上诉提出要求多分遗产的事由，均不符合继承法规定的可以多分遗产的情形，故在继承遗产的份额时应当均等。

综上，无锡市中级人民法院认为，原审所作判决并无不当，依法应予维持，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 170 条第 1 款第 (1) 项的规定，于日前作出判决：驳回上诉人陈宝梅、李歆的上诉，维持原判。（文中人物均为化名）

作者手记

法律对情义的肯定

也许他确实做错过什么，也许他们之间有很大的误会，他成了前夫，她成了前妻。在法律上，他们成了陌路人，他们之间的一切法律关系不复存在。然而，30 多年的夫妻情分岂是一纸离婚协议书可以全盘否定的？当前妻身患重病之后，他体现了作为一个男人的担当。虽然因为他们离婚了，即使他不闻不问法律也奈他不得，但是他却做到了不离不弃，可以说比某些丈夫做得还好，精心照料、陪护直至前妻去世。法院认定前夫对前妻尽了较多扶养义务，确定前夫可分得前妻遗产 20% 的份额，这符合继承法“继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产”的法律规定，也是对一个有情有义的人的最终肯定。

是法定继承人 不能代书遗嘱 南通中院驳回一起遗产上诉案

2013 年 10 月 11 日 人民法院报 顾建兵 陈青艳

杭氏三兄妹为继承父母的遗产发生争议，兄长拿出由其亲笔代为书写的母亲遗嘱，称父母留下来的房屋应归他所有；而其两个妹妹认为由继承人代书的遗嘱无效，遂将兄长大杭告上了法庭。

9 月 30 日，江苏省南通市中级人民法院对这起遗嘱继承纠纷案作出终审判决，认为儿子大杭作为法定继承人，不能作为遗嘱代书人，判决该份遗嘱无效。

杭老汉与黄氏育有儿子大杭和两个女儿杭杭、小杭，二老分别于 1961 年和 2006 年去世。2009 年，二老留下的几间旧瓦房面临拆迁。这时，大杭拿出一份 2003 年书写的遗嘱，声称父母生前居住的房子都是留给他的。据该遗嘱记载：1979 年，在族长大叔叔的主持下分家后……留下大杭的房子由我住，领产权证时就写了我的名字；毫无疑问，其房产权是大杭的，特留下遗嘱，以防日后为产权争执……落款处有“立遗嘱人：黄××，见证人：沈××、黄××”等字样。

杭杭、小杭认为遗嘱由继承人大杭所书写，应归于无效。两人在多次与大杭交涉无果的情况下，将兄长大杭告上了崇川区法院。

崇川区法院审理另查明，案涉遗嘱为大杭代为书写，遗嘱中立遗嘱人“黄××”由大杭所代签，仅盖有黄氏的印章，两名见证人“沈××、黄××”的名字均由沈××一人所签。

法庭上，大杭承认这份遗嘱是由其书写，但坚称这是母亲黄氏的真实意思。

崇川区法院审理认为，该遗嘱的形式属于代书遗嘱，但代书遗嘱有严格的形式要件，应当有两个以上见证人在场见证，并由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名；立遗嘱处分个人财产是要式法律行为，为保障遗嘱系遗嘱人的真实意思表示，遗嘱人所立遗嘱应当符合法律规定的形式要件。法院认定遗嘱效力，应当在审查遗嘱形式要件的基础上，再行审查遗嘱的实质要件，即遗嘱是否是遗嘱人的真实意思表示。

本案中，遗嘱不仅主文部分由大杭代写，遗嘱人黄氏签名也由其代签，两名见证人的名字均由其中一人所签。被告大杭系黄氏的儿子，是法定继承人，不能作为代书人和见证人，故该遗嘱不符合法律规定的形式要件。综上，法院判决该份遗嘱无效。

大杭不服，向南通中院提起上诉。

南通中院经审理认为，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，遂驳回上诉，维持原判。

（顾建兵 陈青艳）

■法官说法■

重大遗产继承尽量采用公证遗嘱

“遗嘱按照不同的形式分为自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱及公证遗嘱等。当遗嘱人不能或不愿亲笔书写遗嘱时，可以制作代书遗嘱，但我国法律对于设立遗嘱的形式要件规定非常严格。”据该案一审承办法官

曹卫华介绍，根据我国继承法第十七条规定，代书遗嘱必须具备3个形式要件：1.有两个以上具有民事行为能力的见证人当场见证；2.由其中一个见证人代书；3.代书人、其他见证人、遗嘱人均须签名。此三个条件缺少任何一个，该遗嘱即属于无效，这是必备的前提条件，至于遗嘱是否是遗嘱人的真实意思表示，必须在满足前提条件后再进行审查。本案中，该遗嘱的形式要件显然不具备，故法院认定该遗嘱属于无效。

“经过公证机关公证的遗嘱效力优于其他任何形式的遗嘱，在没有其他证据反驳的情况下，公证遗嘱的效力可以直接认定。因此，为避免不必要的遗产继承纠纷，建议被继承人在涉及重大遗产继承时，要尽量采用公证遗嘱的形式。”曹卫华法官提醒广大公众。

北京西城区法院：三兄弟私分遗产 五姐妹诉争住房

2013年11月05日 北京晚报 记者 孙莹 通讯员 董丽娜

王老先生育有八个子女：三儿五女。老夫妇相继去世后，三个儿子隐瞒五姐妹的存在，通过继承公证和赠与等方式，将父母遗留的房屋产权过户。五姐妹得知后起诉要求继承父母遗产。西城法院近日判决八个子女各享有房屋八分之一的份额。

王家五姐妹在起诉书中称，父母去世留下了西城区的三间私房。三个兄弟隐瞒了还有五个姊妹的事实，通过办理继承公证和赠与等方式，将房屋产权分别过户至自己及子女名下。

五姐妹发现后，立即启动了一系列诉讼程序，法院最终判决将涉案房屋的全部所有权证书予以撤销。五姐妹表示，如今房产仍处于八个继承人共同共有的状态。他们请求法院依法分割，确认几人的继承份额。

在法庭上，三个兄弟辩解说，母亲生前曾口头表示将诉争房屋留给哥儿仨，但却没能拿出证据证明，法院也没有采信。

法院认为，三被告隐瞒其他继承人取得的公证书以及依据公证书取得的房屋所有权证书均被生效的行政判决书予以撤销，因此老人遗留的房产应由原被告八人共同依法平均分割。因此，判决每人享有诉争房屋八分之一的份额。

广东梅州市中级人民法院：男友亡故女友生下遗腹女有继承权却无权要抚养费

2013年11月05日 信息时报 魏微微

男友突然死亡，留下了怀有身孕的女友。遗腹子出生后，孩子的抚养费对于年仅21岁的年轻妈妈来说却成了一大难题。想到男友死亡后，其父母从医院获赔了相关费用，女友便想让他们从赔偿款中拿出一部分作为孩子的抚养费，为此，以不满1岁大的女儿的名义，把男友的父母告上了法庭。近日，双方当事人在蕉岭法院民一庭法官的调解下，达成了协议。

男友突死亡留下遗腹子

来自梅州的80后小伙阿祺和90后的河源姑娘阿芬是深圳某快递公司的同事，朝夕相处之下的两人很快确立了恋爱关系，并在2010年8月开始了同居生活。2012年2月份，阿芬发现自己怀孕了，即将为人父母的两人开始憧憬着一家三口和和美美的幸福生活。

然而，上天却并没有眷恋这一对恋人。2012年4月11日开始，阿祺突然觉得四肢无力，在家休息了2天不见好转，于4月13日去到医院就诊，经过50分钟的抢救，阿祺还是因抢救无效死亡，留下了痛失独子的父母、伤心欲绝的女友及其肚子里的孩子。

巨额赔偿款孩子有份吗？

阿祺去世后，其家属将就诊医院告上当地法院，要求承担责任。在诉讼过程中，双方达成调解协议：由医院一次性赔偿阿祺父母54.98万元，包含医疗费、误工费等一切赔偿项目。

此外，医院和阿芬及阿祺的父母签订了一份协议书，约定若阿芬愿意将其腹中胎儿娩出，于分娩后6个月，在双方共同参与下进行亲子鉴定，若证实阿芬所生胎儿确系阿祺子女，则医院另行支付抚养费8.3万元给确定的小孩监护人。

此外，阿祺死亡的消息传到公司后，公司送来了慰问金及员工捐款6万余元。

2012年11月9日，阿祺和阿芬的爱情结晶小雨出生了。可是，女儿小雨的抚养费却成了阿芬的一大难题。无助之下，阿芬想到毕竟小孩是阿祺的亲生骨肉，理应获得相应的继承份额。

当阿芬找到阿祺的父母协商时却遭到了拒绝，甚至否认小雨是阿祺的亲生女儿。气愤的阿芬以小雨为原告，自己作为法定代理人将小雨的爷爷、奶奶告上法庭，蕉岭法院受理了此案。

法官调解双方握手言和

庭审结束后，小雨、小雨的爷爷奶奶及原就诊医院三方共同委托一家司法鉴定所进行亲子鉴定，依据DNA分析结果，阿祺与小雨存在亲子关系。

在诉讼过程中，双方充分表达了各自具体的情况和要求。阿芬还只有21岁，以目前的状况，独自抚养小雨健康成长确实存在困难，而小雨的爷爷奶奶已经失去了独子，如果把小雨交给爷爷奶奶来抚养，一方面可以抚慰老人失去儿子的痛苦，另一方面也不耽误阿芬的工作、生活。在主审法官的主持下，经过多次协商，各方同意，小雨交给其爷爷奶奶监护抚育，阿芬在寒暑假及法定节假日有权前往进行探视，小雨的爷爷奶奶另行支付5万元给

阿芬，原就诊医院依照之前的协议另行补偿 8.3 万元给阿芬。

法官说法

遗腹子有继承权但不能索取抚养费

梅州市中级人民法院民一庭曾园芳法官介绍，按照《民法通则》的规定，公民从出生时起具有民事权利能力，我国现行法律虽然没有明确赋予胎儿民事权利能力，但《继承法》第 28 规定：“遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。”胎儿虽然没有权利能力，但其法定利益应受法律保护。在法定继承中，配偶、子女及父母为第一顺位的继承人，故本案中的小孩与他的祖父母同样享有对其亡父遗产的继承权。

那么，如父母一方已经死亡，祖父母是否对孙子负有扶养义务呢？曾法官表示，《婚姻法》第 28 条规定：“有负担能力的祖父母、外祖父母，对于父母已经死亡或父母无力抚养的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务。”这里的“父母死亡”是指父母双亡，并不包括一方父母死亡的单亲子女。因此，类似本案的单亲家庭的孩子并不享有向祖父母、外祖父母索取抚养费的权利。

单亲孩子的家长是孩子的法定监护人，负有对孩子的抚养义务。单亲家长可以与孩子的祖父母、外祖父母协商，争取经济支持。

上海二中院：代书遗嘱被判无效房产重作分割

2013 年 11 月 05 日 商报记者 周敏

市民林先生在得知自己生重病后，找法律服务所的人帮忙写一份遗嘱。没想到这份由专人“代书”的遗嘱还是因为“见证人”没有见证遗嘱签署的经过而无效，引发了一场官司。近期，上海二中院认定遗嘱无效后，林先生的儿子与继母及同父异母妹妹经法院调解，对房产作出合理分割。

林先生与前妻有一个儿子。步入中年后，林先生与郑女士再婚，双方生了一个女儿。女儿出生后不久，林先生与郑女士夫妻关系恶化。2010 年，林先生得知自己生重病后，向法律服务所表达自己打算百年后将房产给儿子的心愿。法律服务所工作人员按照林先生的表述，打印了一份遗嘱交给林先生，应林先生的邀请，代书人在遗嘱上作为代书人、见证人签了名字。林先生去世后，郑女士认为，林先生去世前眼睛有疾病，看不清遗嘱的文字，所以遗嘱应该是无效的。

法院查明，林先生从法律服务所工作人员手中拿到打印的遗嘱时并没有当场签字，而是将这份遗嘱拿回家，遗嘱代书人并没有看到林先生签字。

法院认定林先生的遗嘱是代书的，按照法律规定，代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。林先生的代书遗嘱只有一人起草、一人见证，而代书人也没有看到林先生签字，所以这份遗嘱是无效的。最终，经法院调解，林先生儿子与同父异母的妹妹及继母对房产作出了合理的分割。

承办法官王江峰指出：按照我国《继承法》规定，代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书。代书人和见证人应当见证立遗嘱人表述对财产处理的陈述并在遗嘱上签字的全过程。本案林先生的遗嘱是代书遗嘱，但缺少法律规定的两个以上见证人在场见证的形式要件，所以是无效的。

珠海中院：手握遗嘱“二奶”争产失败告终

2013 年 11 月 07 日 广东新闻

珠海香洲法院一审以违背公序良俗驳回诉讼请求，珠海中院二审维持原判

新快报讯记者陈婕通讯员黄蕴磊杨远家法任报道“二奶”能否按照情夫的遗嘱分得财产？珠海所判的一宗官司结果是不能。

一名女子以护工名义与有妇之夫同居长达十余年，男子因病辞世，该女子持有男子生前遗嘱，一纸诉状将原告告至法院，要求凭遗嘱继承男子名下房产、退休费、丧葬费补贴、抚恤金、保险金等合计 46 万多元。珠海香洲法院一审认定原告违背公序良俗，判决驳回了原告的诉讼请求，近日，珠海中级法院二审判决维持原判。

拿欠条追讨十年护理费败诉

案情显示，王大强与冯宇菲于 1972 年结婚。1991 年 12 月始，冯宇菲与王大强开始分居。

从 1995 年开始，邝飞飞与王大强共同生活。2009 年，王大强因患帕金森病、高血压病，曾三次入院治疗。2010 年 3 月 1 日，王大强手写一张欠条，写明邝飞飞自 2000 年 3 月开始对其护理，每月工资最少 1500 元，以后逐年增加，现欠薪 21.5 万元。此后，邝飞飞向香洲法院起诉王大强及冯宇菲，以该欠条为据，要求两人连带支付 10 年的护理费 21.5 万元。

香洲法院于 2010 年 5 月作出民事判决，确认邝飞飞与王大强系非法同居关系，并非雇佣关系，故驳回了邝飞飞的诉讼请求。邝飞飞不服上诉，案经珠海市中级人民法院二审审理，维持原判。

凭遗嘱欲与原配争遗产再败

2010 年 2 月，珠海市人民医院对王大强下达病危通知书。当日，王大强在医院立下遗嘱，内容为：“本人王大强为防止今后不测，立遗嘱如下：一、珠海市胡湾里一巷××房归我所有的产权部分由邝飞飞女士所有；二、我去世后应得的工资、抚恤、补贴、保险赔偿等全部收入和其他财产归邝飞飞所有。”遗嘱中所涉房屋系王大强与

冯宇菲于1989年共同购买。

2011年5月7日，王大强死亡，其丧葬事宜由冯宇菲主持处理。王大强死后，邝飞飞又重新起诉索要遗产。案件在审理过程中，法院确认了王大强遗嘱的真实性，认为邝飞飞从1995年开始住进王大强家，此时王大强身体尚足以应付日常工作，无需护理，数年后方才退休。结合原告提供的祭祖照片、族谱、王小富学籍卡、病危通知书，足以认定邝飞飞是在明知王大强有配偶的情况下仍与其以夫妻名义同居生活。王大强在与冯宇菲婚姻关系尚存的情况下，将自己的财产遗赠给与之有同居关系的邝飞飞，有悖公序良俗，故其遗赠行为无效，法院判决驳回了原告邝飞飞的诉讼请求。原告不服上诉至珠海中级人民法院，二审法院终审判决维持了原判。

北京海淀法院：老太偏瘫录音分配遗产 录音笔中原声证据获法院认可

2013年11月14日 中国广播网 孙莹

随着高科技的发展，录音机、录像机进入了寻常百姓家，而且现在手机、平板电脑等等，都可以录音、录像。一些老年人因为身体的原因，或者文化水平所限，书写困难，录音、录像遗嘱开始出现。那么这样的遗嘱的法律效力如何？录音遗嘱有效的条件是什么？北京海淀法院刚刚审结一起典型案件，对这些疑问给出了回答。

王老太中年丧夫，自己一人将两个儿子一个女儿抚养成人。三子女各自为生活忙碌奔波，王老太也不打扰他们，自己一个人过。78岁那年，王老太得了偏瘫，需要有人照顾，女儿就将老人接回家中，照顾了七八年。由于王老太偏瘫，右手麻木，不便写字，就请来两个妹妹见证，用录音方式记录自己的遗愿。王老太说女儿对自己非常好，照顾周到，待百年之后，将自己的房屋留给女儿继承。

老人的顾虑不是没有道理，她去世后，两个儿子将女儿起诉到法院，要求分割房屋。女儿拿出录音遗嘱，并将两个姨妈请到法庭作证，北京海淀法院对证据的内容和形式进行了详细审查。

法官孟凯峰：王老太的遗嘱里面就说，我叫“王老太”，她的名下有一套房子，这套房子就留给她女儿，名字，说的非常清楚。和书面写的内容基本上是一样的，内容上将是非常明确，具体的，从形式上讲，当时王老太的女儿向法庭提交的载体是拷贝的一张光盘，开庭的时候，她又提供了录音的原始设备，确实是王老太的原声。

王老太的女儿提交法庭的原始设备是当时录音用的录音笔，这是得到法院认可的关键。

孟凯峰：录音这个证据，需要提交复制件和原始的载体，并且这个录音不允许修改、剪辑。

上海市虹口区法院：八旬老父与独子争房产 “40万元”特殊要求牵出其中隐情

2013年11月20日 上海法治报 记者 王川 通讯员 王致民

20年前，孙涛以母亲名义出资购得一套房屋供父母居住。母亲去世后，父亲再婚并回到老家生活。如今，年近八十岁的老父只身回沪，将孙涛告到虹口区法院要求分割继承亡妻名下房屋。日前，在法官调解下，父子达成协议，房屋由孙涛所有，但要支付给父亲30万元。

父亲再婚致父子反目

据孙涛称，与父亲已15年未见面，因为“母亲去世不到两个月，父亲就再婚”，“父亲再婚至少要等母亲去世一周年后，而父亲却毫不顾及我的感受。”孙涛说，吵架后，父亲回了老家，一别十几年。

孙涛还称，系争房屋一直处于空置状态，父亲回沪即可居住，他至今也不明白父亲为何非要分割房产。

孙涛始终对父亲耿耿于怀，坚持母亲名下房屋由其出资购买供母亲居住，父亲对房屋并不享有任何权利。孙父则表示房屋虽由孙涛出资，但登记于亡妻名下，属于夫妻共有财产，其至少有一半产权，并要求孙涛以40万元的价格购买其应得产权。

“要钱”引出争房隐情

案件审理中，孙老伯不仅主张对房屋享有份额，并要求由孙涛支付其40万元购买属于他的产权。法官对孙老伯这特别的要求十分关注，推测孙老伯可能是缺钱用。

随着调查的深入，法官发现，原来孙老伯两年前与再婚妻子协议离婚了，并约定由其两年内支付前妻16万元，否则老家房屋即归前妻所有。孙老伯无力凑齐16万元，便打起亡妻名下房屋的主意。考虑到儿子对自己的怨气，又碍于面子，孙老伯始终无法向儿子开口借钱。

了解到孙老伯的顾虑与目的，法官决定作为中间人，将孙老伯的困境传达给孙涛，不仅要帮孙老伯解决困难，更要让父子摒弃前嫌。

父子和解，儿子接父归沪

基于几十年的审判经验，承办法官相信本案当庭调解成功的可能性极大，却不料孙涛未出庭应诉。法官利用中午时间赶到孙涛单位进行谈话。当知道父亲近日窘境后，孙涛不禁抽泣起来，表示对很多事情也无能为力。原来，孙涛夫妻都是工薪阶层，孩子读大学开销颇大，根本无法一次拿出40万元给父亲。

最终，在法官的调解下，双方达成协议，由孙涛年底前先行支付父亲16万元，剩下的14万元等系争房屋出售后再行给付。

近日，孙老伯打电话给法官，表示儿子担心其鳏居不便，已把他从老家接到上海。（以上人物均为化名）

北京市通州区人民法院：老母留遗嘱难定真假 笔迹鉴定确认真实性

2013年11月15日 中国法院网 责任编辑 孙剑岚

老母亲去世后，子女收拾遗物发现老母亲留下的遗嘱，明确写明因其中一子“不孝顺”，剥夺该子继承遗产的权利。三名子女遂将“不孝子”告上法庭，要求按此遗嘱分割遗产。近日，北京市通州区人民法院审结此案，因“不孝子”一口咬定遗嘱系伪造，遂进行笔迹鉴定，后认定遗嘱真实有效，法庭调解结案。

李某某（女）与胡某某（男）系夫妻关系。2008年1月，胡某某因病去世；2012年4月，年近8旬的李某某因脑血管病去世。二人去世后留有坐落于北京市通州区某小区的房产一套。后李某某的长子胡某甲、长女胡某乙、次女胡某丙在收拾母亲的遗物时在床垫下发现签有李某某姓名并摁有手印的“李某某自述”材料一份，该份“自述”书中明确载明因次子胡某丁不孝，故李某某立下遗嘱，剥夺胡某丁对于李某某夫妻的遗产的继承权。胡某甲、胡某乙、胡某丙遂一纸诉状将胡某丁诉至通州区人民法院，要求按照“自述”书内容依法分割父母遗留的坐落于北京市通州区某小区的房产一套。

案件审理过程中，胡某丁坚决否认该遗嘱的真实性，并要求对“自述”书中笔迹进行鉴定。胡某丁在无法提供合格检材的情况下，一口咬定该“自述”书为胡某甲书写伪造，同时要求以胡某甲的笔迹来作比对，如鉴定结果认为该“自述”书并非胡某甲书写，即胡某丁认可该“自述”书为李某某亲笔书写并摁手印。胡某甲、胡某乙、胡某丙当即表示同意进行笔迹鉴定。后经过鉴定机构的鉴定，确认“自述”书确非胡某甲书写。庭审中，承办法官依据鉴定结果给兄妹四人做了耐心细致的调解工作，最终促使双方达成调解协议：父母遗留的房屋由胡某甲、胡某乙、胡某丙共同继承，胡某甲、胡某乙、胡某丙给付胡某丁房屋折价款10万元。

《中华人民共和国继承法》第16条第1款、第17条第2款分别规定：“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人；自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写，签名，注明年、月、日。”本案中，李某某通过“自述”书的形式对其财产进行了处分，符合自书遗嘱的形式。胡某丁虽对该遗嘱的真实性提出异议，但无法提供相应检材，在双方均同意使用胡某甲的笔迹作比对，而司法鉴定结果确定遗嘱并非胡某甲书写的情况下，应认定遗嘱的真实性。但李某某无权对胡某某的财产进行处分，该遗嘱中对胡某某财产进行处分的部分应属无效。

河南省罗山县人民法院：儿子病故留遗嘱 婆婆与儿媳争遗产被驳回

2013年11月21日 光明网 孔晶晶

儿媳还处在丧夫之痛中，年过八旬的婆婆为争遗产，持儿子生前遗嘱将儿媳告上法庭。11月20日，河南省罗山县人民法院审结了这起遗嘱继承纠纷案，依法判决驳回原告王秀芝的诉讼请求。

法院经审理查明，原告王秀芝与李力系母子关系，被告刘琴与李力系夫妻关系，李力因患病于2011年10月去逝。其后，王秀芝持儿子生前遗嘱要求继承儿子价值60万元的两间房产（座落于罗山县城）。该遗嘱表示李力愿将新建成的房产属于自己的部分变卖，所得价款除去借款外，余留部分给原告养老送终，并载明“遗嘱人：李力；在场见证人：王豪、李强、李军、张亮；执笔人：黄涛。”该遗嘱的见证人李强、李军均系李力的债权人，张亮系黄涛的战友，执笔人黄涛系王秀芝的女婿，王豪系住院病人。

诉讼中，法院要求王秀芝将在场人王豪作为证人出庭作证，但王秀芝称王豪只是病友，不清楚他的情况，无法提供。

法院经审理后认为，公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或者数人继承；本案中，李力生前可以将自己的个人财产立遗嘱指定由原告继承符合法律规定，但其书面遗嘱载明的立遗嘱时见证人王豪，原告一直未向法院提供其相关信息，李强、李军均系原告之子，张亮与原告的女婿系战友，该遗嘱载明的见证人除王豪外，均与王秀芝有利害关系，故该遗嘱在形式要件上与法不符；故原告的诉讼请求，法院不予支持。据此，法院遂依法作出上述判决。

六、房产、股权

（一）房产

上海黄浦区法院：为赖账将房产抵押给前妻 法院判决撤销抵押行为并赔偿合理开支

2013年10月29日 上海法治报 记者 王川 通讯员 汤峥鸣

本报讯 为逃避官司败诉后应当支付的数百万元债务，李某趁着二审还未宣判之际，以欠前妻500万元债务为名，将名下房产抵押给前妻。眼看赢了官司却面临无法执行，颜先生向法院提起债权人撤销权诉讼，要求撤销李某与前妻之间的抵押。日前，黄浦区法院作出判决，撤销李某与前妻的抵押条款，同时赔偿颜先生合理开支2万元。

2011年，颜先生与李某因为房屋租赁合同纠纷对簿公堂，法院一审判决李某应向颜先生支付房租、违约金等共计数百万元。一审宣判后，李某不服提出上诉。可就在案件二审过程中，颜先生意外获悉，李某已将名下的房产抵押给了前妻。

颜先生将李某和前妻告上法庭，请求法院判令撤销抵押协议，并索赔律师代理费等合理开支2万元。

庭审中，李某表示，系争房屋是自己在离婚之后购买的。2006年因生意需要决定向银行贷款，考虑到前妻在银行工作贷款比较容易，所以就以前妻为借款人向银行贷款200万元。

不仅如此，李某表示自己还曾向前妻借了50万元，因此总共欠前妻250万元，约定2年还款，连本带息共

300万元。李某讲，2008年，由于经营严重亏损，之前借的钱一直没有归还，而在2012年他又向前妻借了20万元，这样连本带息共欠前妻500万元。因此，去年他将系争房屋抵押给了前妻。

虽然李某对事发经过说得头头是道，但却又拿不出有力的证据证明自己的主张。审理期间，李某的前妻作为被告也始终没有露面。

法院审理后认为，一审判决已经明确李某欠颜先生数百万债务，但李某却在一审判决后二审尚未判决前与前妻签订借款抵押合同，将房屋以500万元抵押给前妻。签订该合同时，李某的前妻并未实际支付借款，而以六年前的借贷关系作为依据。鉴于李某的前妻并未到庭，放弃诉讼权利，因此尚不足以排除妨碍前案判决执行的合理怀疑，无法认定两人之间存在真实的借贷关系。

法院认为，即使双方存在借贷关系，李某的前妻也只是普通债权人，当债务人有多数普通债权人的，在清偿债务时，债务人与其中一个债权人恶意串通，将其全部或部分财产抵押给该债权人，因此丧失了履行其他债务的能力，损害了其他债权人的合法权益，受损害的其他债权人可以请求人民法院撤销该抵押行为。综合本案案情，可以认定李某与前妻恶意串通，造成前案判决执行困难，损害了颜先生的合法权益。因此，颜先生的诉请，于法有据，予以支持。

房产被卖父子反目 社区调解重归于好

2013年10月21日 浙江法制报 记者 彭爽 通讯员 陈晓文

丰一居社区地处上虞市中心，不仅经济快速发展，平安建设也一直走在全市前列，曾获得“绍兴市文明村”、“上虞市平安村”等多项荣誉。

自2004年村改居以来，丰一居社区以“强本固基保稳定，创新管理促和谐”为目标，注重矛盾纠纷调处工作，力求从源头上维护社区安宁。为全面了解社意民情，社区建立了一支由居委会干部、党员代表、热心居民组成的信息员队伍，随时掌握社区矛盾的新特点、新动向。同时，社区积极配合街道社会服务管理中心和公安110，构建起“大调解”联动机制，大力开展调解工作。

社区居民夏大爷育有一儿一女，老两口已经退休，儿女也各自成家，生活原本其乐融融。但2009年底，女儿夏娟因赌博输了30多万元，欠下一屁股债，无奈之下借了高利贷。第二年初春，还款日期到了，可夏娟并没有钱还债，只好硬着头皮向父母要钱。夏大爷夫妇瞒着儿子夏明，将他俩居住的唯一一套房子卖了替女儿还债，自己则过起了租房的生活。

然而纸包不住火，夏明知道此事后，认为父母偏心，因此拒绝再赡养老人。为此，夏大爷和儿子的关系极度恶化，亲戚出面协调都无济于事。夏大爷夫妇还请了律师，准备同儿子打官司。

信息员走访得知这件事后上报社区，社区立即安排调解员上门。调解员一边耐心做夏明的工作，一边安抚夏大爷夫妇。在调解员的劝说下，夏大爷打消了起诉的念头，同意接受调解。根据了解到的情况，调解员弄清了纠纷的症结，还说服夏明的大伯和舅舅再次出面协调。

然而，调解过程并不顺利。经过多次的调解促和，双方终于达成共识，签订了调解协议书：由儿子出面在该小区购买一套小户型住房供父母居住，老人将卖房还债后剩余的钱补给儿子，今后的赡养费用由儿女按比例承担。僵持了一年多后，一家人重归于好，重新过上了安宁和睦的生活。

正是由于信息了解及时、信访渠道畅通、调解工作到位，丰一居社区将很多邻里纠纷和家庭矛盾化解于萌芽状态，确保了居民和睦和社区平安。至今为止，社区未发生一起因矛盾纠纷引发的恶性事件，无一越级信访，真正做到了“大事不出、小事不多、处置稳妥”。

北京市一中院：夫妻被抢遇害 “亲家”争房产女方名下的房产引纠纷 二审判决房屋归女方父母所有

2013年11月06日 法制晚报 王巍



女方母亲陈女士当庭称房款全是他们支付的 摄/法制晚报记者 刘畅

夫妻双方被劫匪杀死后，女方名下的一栋房产引起了夫妻双方父母的纠纷，双方均表示对房屋具有占有权，今天上午，一中院开庭审理该案。

陈女士与白先生原系夫妻，育有一女白璐。白璐与唐见林相识后于2002年2月1日登记结婚。

2004年白璐购买位于昌平区海德堡小区的房屋一套。2011年，两名劫匪冒充漂亮广场的物业，进入到白女士家中，将夫妻两人杀害，目前，两名被告人一审均被法院判处死刑。

在白璐与丈夫去世后，双方父母就海德堡小区的房产问题对簿公堂。陈女士与白先生主张海德堡小区的房屋是两人以白璐名义购买，因此起诉唐先生之母唐女士至昌平法院要求确认该房屋产权归陈女士与白先生所有并予以产权变更，确认陈女士与白先生为白璐的唯一法定继承人。

后经一审判决，海德堡房屋归陈女士与白先生所有，唐女士配合陈女士白先生办理产权变更登记。唐女士不服提起上诉。

今天上午9点半，该案二审在一中院开庭审理，唐女士并没有到庭，而是由其代理人代为出庭应诉。唐女士一方认为，一审法院确认的事实不清，要求法院撤销原审判决，确认海德堡小区的房屋为陈女士白先生与唐女士两家共同所有。唐女士认为，在双方儿女婚姻存续期间，财产为双方共同所有。即使是房产的实际出资者，也不代表就能独占房屋的所有权。同时唐女士提出，该房的首付款是其儿子支付的。

白璐的母亲陈女士说，房款从首付到贷款等全部是她与白先生交的钱，两人把以前的房子都卖了，就买了这么一套房子准备用来养老，购买时由于两人年纪太大不方便贷款，所以才借女儿的名义贷款，并将房子登记在了女儿的名下，从买房后，老两口一直在房子内居住至今。

二审法院审理后维持了一审判决，房屋归陈女士与白先生所有，唐女士配合陈女士白先生办理产权变更登记。

上海市宝山区法院：4万块成百万债 唯一房竟半价卖 法院否定《公证书》挽回房屋

2013年11月18日 上海法治报 记者 王川 通讯员 欣慰

近日，顾先生心中石头终于落地，妻子和继女瞒着他，将家里唯一一套价值近300万元的房子半价出售的行为被宝山区法院判决无效。

今年年初，顾先生与妻女吵翻后搬离住处。6月，顾先生发现自家房子正被转卖过户。于是，顾先生以房屋权利人的身份提出异议，并向宝山区法院递交诉状，将妻子和继女以及买房人林某告上法庭，同时申请财产保全。

该院保全组的法官立刻赶在下班之前到交易中心实施查封，及时阻止了交易过户。

10万高利贷半年变100万

2000年7月，顾先生与带着19岁女儿的唐女士再婚。三年后，他们在阳曲路买了套90多平米的房子，房屋权利人是三人的名字。

同年，唐女士向单位同事借款10万元让顾先生购买出租车。顾先生将赚来的钱给了妻子，让她还债。可妻子并没有全部还债，她把钱用在了为女儿吸毒提供资金上。

2012年6月，同事向唐女士索要欠款4万元，唐女士找到放贷人禹某借款10万元，借条写了25万元，借期2个月，约定违约金2万元。11月14日，借款到期，逼债的人知道唐女士还不出，向唐女士介绍放贷人唐某等，借款35万元，但借条必须写100万元，同样借期2个月，糊涂的唐女士竟签了字。

办理假公证逼迫半价卖房

今年1月，唐某等人逼迫唐女士母女还债，并“引导”她卖房，母女为瞒着顾先生卖房，故意与他吵架，将他气走。

2月初，林某来看房，要求母女全权委托他办理手续。为得到顾先生的委托书，唐某等人拿出2份打印好的《委托书》要求母女签字，一份是顾先生委托母女俩卖房，一份是母女俩转委托给林某全权办理房屋买卖。同时，林某带上唐女士母女来到河南省许昌县公证处，将这二份《委托书》进行了所谓的“公证”。

3月6日，一份148万元的房屋买卖合同签署，买受人是林某25岁的儿子，首付120万元，余款将在6月30日前支付，此前，顾先生一家必须迁户并腾空房屋，而这套房此时市价近300万元。

唐女士账户明细显示，3月6日当天，在120万元进账同时，一笔27万元和一笔48万元被分别划入唐某等人账户，另一笔40万元被提现，几分钟内，只剩区区5万元。

法庭判决合同无效

经过两次庭审，顾先生拿出出租车工作单，证明在公证日期间，顾先生根本没有去过河南，被告母女俩也称《公证书》上顾先生的签名和指印均系伪造，法庭据此否定了《公证书》，认为唐女士母女无权代理顾先生出售系争房屋，因此买卖合同应认定为无效，同时认定林某为非善意购房人。

法院认为，合同无效后，120万元房款应由唐女士母女俩返还。鉴于唐女士在120万元房款中提取8万余元偿还了房屋贷款本息，这8万余元应认定为顾先生一家的共同债务，因此顾先生对此应承担连带清偿责任，而其余债务不能认定为用于夫妻家庭生活共同生活所需，遂对林某提出的120万元房款全部应由顾先生等三人共同返还的意见不予采信。

辽宁省锦州市中级人民法院：夫妻卖房一方签约成交 另一方称不知情诉无效 买受人善意购房合法有效

2013年11月21日 人民法院报 孙德江

日前，辽宁省锦州市中级人民法院依法对一起善意房屋买卖纠纷作出了二审判决，驳回不知情人王某的上诉请求，维持原判。

王某和李某是夫妻关系，因为全家要搬迁新居，于是二人商量把旧房子卖了。经过李某的朋友介绍，二人准备将原来居住的两间砖木结构的平房卖给陈某，经过双方的商议房价为6万元整，并签订了房屋买卖合同，合同约定：王某因全家搬迁新居，自己愿将自己的两间砖木结构的平房卖给陈某，房价6万元整。王某的朋友作为中间人在合同上签了字，但当时王某本人没有在场，由其妻子李某签字并收了房款。双方办理了产权手续，但一直没有办理更名过户手续。

陈某购买后一直住了13个月。因房价升值，王某向陈某提出当时签订房屋买卖合同时自己没有在场，并不知道李某将房屋卖了，要求陈某搬出并给付13个月的房屋租金。陈某表示房屋买卖合同有效，不同意返还房屋及给付租金。于是王某将陈某起诉到法院，请求法院确认房屋买卖合同无效，并要求陈某给付占有房屋13个月的房屋租金5200元。

一审法院经审理认为，依法成立的合同，对当事人具有法律约束力，当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。行为人没有代理权、超越代理权或代理权终止后以被代理人的名义订立的合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。李某自己并代替王某与陈某签订的房屋买卖合同是双方的真实意思表示，并且双方已经实际履行，因此房屋买卖合同合法有效。由于王某与李某是夫妻关系，陈某有理由相信李某能够代理王某与其签订房屋买卖合同，因此法院对王某要求确认房屋买卖合同无效并返还房屋及要求陈某给付该房屋租金的诉讼请求不予支持。一审法院据此判决驳回王某的诉讼请求。

宣判后，王某不服一审法院判决，向锦州市中级人民法院提起上诉，请求依法撤销一审法院判决，改判李某与陈某签订的房屋买卖合同无效，依法返还房屋，请求法院依法判决陈某给付占用房屋期间的房屋租金5200元。

锦州中院审理认为，合同是双方当事人设立、变更、终止民事权利义务的合法行为，依法成立的合同，对合同当事人具有法律约束力。本案中，在李某签订买卖房屋合同时，虽然王某当时未在场，但陈某主张当时李某打过电话给王某，李某表示其同意卖房，且在诉讼期间，李某也承认了去给王某打电话的事实，只是主张出去又回来了，没有打电话，而李某对其没有打电话的事实没有证据予以证明。也就是说，李某的上述行为足以让陈某有理由相信李某是经王某同意后才签订的买卖房屋合同，陈某为该起房屋买卖合同的善意相对人。依照合同法的规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。另外，双方之间的合同已实际履行，陈某已实际取得了房屋的产权。因此，李某与陈某之间的房屋买卖合同为有效合同，王某以房屋买卖合同无效而主张退还房屋并给付占用房屋期间的租金法院不予支持。

上海市奉贤区法院：继父子为房产闹上法庭 再婚妻子牵扯其中成为该案第三人

2013年11月29日 上海法治报 翟馨

为和“新老伴”过新生活，李老伯卖掉老房欲购新房。无奈此时李老伯尚未和前妻办理离婚手续，新老伴便建议先将房子登记在自己儿子名下，以后再更改。孰料日后妻子竟翻脸不认账。为讨回房子，李老伯向奉贤区法院提起诉讼，近日，法院对此案作出判决，该房屋由李老伯和刘某按份共有，其中李老伯享有33.78%份额，刘某享有66.22%份额。

2009年10月，李老伯卖掉老宅，打算在奉贤另置新房与张女士结婚。但老房子还未出手，李老伯只得向张女士借钱应急，最终张女士从她弟弟那儿借来20万元，解决了首付难题。

首付解决了，但当时李老伯尚未离婚，张女士表示房子可先写自己儿子的名字，以后再改。李老伯同意了。于是，房子被登记在了张女士儿子刘某名下。

到了2009年11月26日，开发商通知付清剩余房款，李老伯再次通过张女士向她的弟弟借了15万元，加上自己的首期售房款18万予以支付。2010年1月，李老伯的卖房款全部到手，他便从中取出35万元交给张女士，让她将钱还给其弟弟。

2010年9月19日，李老伯与张女士结婚。婚后不久，李老伯与刘某就因房产发生纠纷，而张女士也翻脸不认账了。李老伯于是选择向法院提起诉讼。

在法庭上，刘某和张女士称房屋是刘某购买，张女士弟弟也作证称李老伯根本没有向他借过钱。对于李老伯付出的18万元，张女士表示那是结婚的彩礼钱。

奉贤法院审理后认为，对于发生争议的房屋，刘某先后两次分别给付20万和15万余元，而李老伯随后以本票支付18万元。对张女士主张的彩礼钱一说，法院认为，李老伯将唯一住房出售支付彩礼不合常理，难以采信。考虑到当时李老伯已与张女士同居，参与购房较为符合生活常理。最后，法院认为系争房屋由原、被告共同出资购买，可由原、被告按出资比例享有各自份额。判决该房屋由李老伯和刘某按份共有，其中李老伯享有33.78%份

(三) 股权

福建省厦门市中级法院: 厦门法院在审理一起股权转让纠纷案时认定 妻子未经丈夫同意转让共同股权有效

2013年11月05日 人民法院报 记者 何春晓 通讯员 张超

近日, 福建省厦门市中级人民法院二审审结一起妻子未经丈夫同意转让股权引发的股权转让纠纷案。二审法院认定股权转让协议有效, 驳回上诉, 维持原判。

法院审理查明, 2004年5月, 王某、张某、陈某出资成立厦门某工贸有限公司, 公司注册资本为50万元, 法定代表人为王某, 王某持有34%股权、张某持有34%股权、陈某持有32%股权。后张某将所持有的占公司29%的股权转让给王某, 剩下5%的股权转让给左某; 陈某将所持有的占公司32%的股权转让给王某。股权转让后, 王某持有公司95%的股权, 左某持有公司5%的股权。2012年7月15日, 王某分别与赵某、王彪签订股权转让协议, 约定赵某、王彪分别以82.5万元、60万元的价格受让王某持有的55%、40%的股权。公司向工商局申请了变更登记。

王某的丈夫刘某认为, 王某转让的40%股权属于夫妻共同财产, 王某在其根本不知情的情况下, 转让给亲戚王彪, 其行为属于无权处分。遂诉至厦门市湖里区法院, 请求认定王某转让40%股权的股权转让协议无效。

法院一审认为, 原登记在王某名下的股权, 系在其与刘某夫妻关系存续期间取得, 应当认定为夫妻共有财产。但是股权作为一种综合性的权利, 不仅具有财产属性, 而且带有强烈的人身属性, 决定了该共有股权对外应作为一个整体, 由取得股权登记的一方行使。股权转让系特殊的合同行为, 应当优先适用公司法的有关规定。而公司法并未规定股东对外转让股权需经配偶一方的同意。因此认定股权转让协议有效, 判决驳回刘某的诉讼请求。

宣判后, 刘某不服, 提起上诉。二审法院经审理认为, 原审判决认定事实清楚, 适用法律正确, 遂判决驳回上诉, 维持原判。

■ 连线法官 ■

股东转让股权无需经配偶一方同意

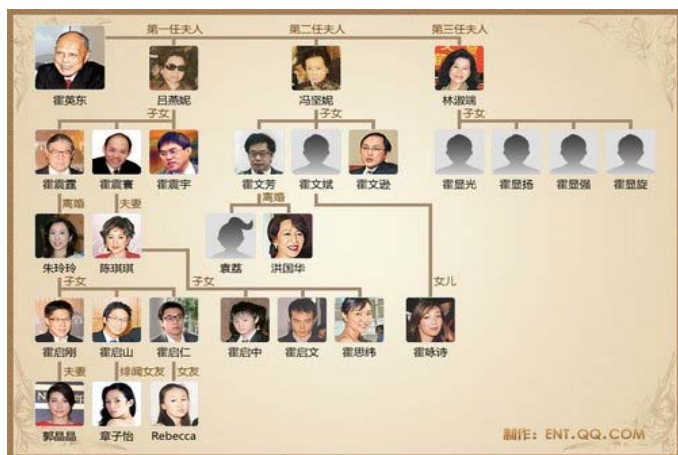
对于本案争议的妻子未经丈夫同意转让股权是否有效的问题, 本案二审承办法官张超认为, 婚姻法规定夫妻对共有财产的平等处理权, 但该夫妻内部法律关系仍应受制于股权转让外部法律关系。公司法并未赋予股东配偶在股东转让股权时的同意权与优先购买权。婚姻法司法解释规定, 夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定, 他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的, 另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人。这一情形包括股权转让。

本案股权受让人王彪应认定为善意第三人。股权登记在王某名下, 股权的人合性决定了夫妻共有股权对外作为一个整体, 由取得股权登记的一方行使。本案中王彪有理由相信王某对该夫妻共有财产享有处分权。

七、社会新闻

港媒披露霍英东遗嘱：禁止二三房子女从商

2013年10月29日 中国新闻网



中新网10月29日电 已故香港企业家霍英东的儿子霍震寰及霍震宇(霍英东原配生的老二和老三), 28日于霍老逝世7周年的日子, 在香港高等法院就霍老遗产官司展开诉讼。

据香港《大公报》报道, 估计霍英东遗产达300亿港元(港币, 下同), 霍老生前在1978年已立下遗嘱, 列明各房妻子及各房共13名子女都是遗产受益人, 依遗嘱内容长房成员可得约200亿元, 二房、三房成员可得100亿元, 但遗产需按阶段分发, 以确保各后人生活。

据报道, 昨日呈堂的文件披露, 作为遗产执行人之一的霍震寰已先后把约22亿元分予各家族成员, 当中霍

庭上文件透露, 霍震寰在首阶段分产中, 从遗产基金取出11.08亿元分于各成员, 当中霍震宇得款6250万元。之后又在霍震寰与父亲的海外联名账户中, 取出11.41亿元分发, 霍震宇从中获款2.7亿元。

霍英东的最后遗嘱在1978年5月20日订立, 他在2006年10月因淋巴癌于北京病逝, 终年83岁。

据悉，霍英东的遗嘱对长房3子各有要求，长子霍震霆需继承体育事业，任职家族形象代言人；次子霍震寰接管家族生意，任职霍英东集团董事兼总经理；长房三子霍震宇接掌内地南沙开发计划。至于其它各房子女禁止从商，他们主要成为律师、医生等专业人员。而各房后人都可以从遗产中，按月收到定额生活费。

广东佛山禅城法院：女子为二胎与前夫舅舅结婚 计生局处罚被疑越权

2013年10月30日 京华时报 记者 邵铭 通讯员 黄志庆 邱小华

南都讯 记者邵铭 通讯员黄志庆 邱小华 佛山的钟女士再婚生子，却收到一纸“罚单”，被要求征收社会抚养费26万多元。她认为这是违法行政，将佛山市禅城区人口和卫生药品监督局(以下简称禅城计生局)诉诸法院。不过，禅城计生局经过调查，发现钟女士的再婚对象居然是公公介绍的，还是前夫的舅舅，明显是假借结婚骗取生育指标。昨日，佛山禅城法院公开审理了此案，将择日宣判。

女子：再婚生子合法为何被罚

钟女士诉称，2010年3月，她以性格不合为由，与前夫彭某办理了离婚登记，婚生女儿由彭某抚养。随后钟女士与现任丈夫李某石办理了结婚登记。2013年1月，钟女士产下一名男婴。正当钟女士准备办理孩子的户口手续时，却收到了禅城计生局寄来的《社会抚养费征收决定书》，要求其支付26万多元社会抚养费。

钟女士认为，根据《广东省人口与计划生育条例》19条第二项，“再婚夫妇，一方婚前已生育两个以内子女，另一方未生育过的可再生一胎子女”，自己与现任丈夫只生了一个孩子，完全符合相关规定，为什么还要征收社会抚养费？

钟女士一纸诉状，将禅城计生局告上法庭，要求撤销《社会抚养费征收决定书》，并支付所有诉讼费。

计生局：女子是假结婚骗生育指标

谁才是钟女士的真正丈夫？庭上，钟女士提交了相关证据，包括自己与前任丈夫的离婚证、离婚协议以及现任丈夫的结婚证，证明自己是合法离异再婚。

然而，禅城计生局出示了记录时间为2012年10月11日的调查笔录，被调查人正是钟女士的现任丈夫李某石。

调查报告显示，李某石只知道妻子姓钟，不知道名字，只见过几次面，从来没有同居，更不知道妻子怀孕。调查报告同时指出，禅城计生局此前就接到群众举报，说钟女士与李某石假结婚，目的是骗取再生一胎的指标，钟女士实际一直与前任丈夫生活在一起。

钟女士代理律师当即提出异议，认为记载内容不实，签名不是李某石本人。

随后，禅城计生局又出示了材料，包括佛山市妇幼保健院入院记录及续页、住院病案首页、出院记录、分娩记录、产前检查记录表共7页。证明2012年10月，钟女士已怀孕6个月。但在佛山市妇幼保健院再次生育过程中无李某石作为丈夫的医疗记录，反而以前夫彭某作为联系人，且登记的地址与钟女士地址一致。

钟女士律师则反驳称，分娩的时候，钟女士与李某石发生矛盾，遂请前夫帮忙。

该案未当庭宣判。

律师说法

法律漏洞应由立法解决

计生部门不应滥用职权

资深行政法律师梅春来认为，公民经合法登记的婚姻关系受法律保护。依现行《婚姻法》，认定婚姻关系存续与否，并不以是否同居、有无共同生活为前提。另依职权法定原则，计生部门并无权就此认定结(离)婚证是否有效，可行的办法是由计生部门发函至民政部门，并提请其依相关法律规定解决。

那么，如上述做法确被证实是为逃避计生国策，又是否会造成不利的法律后果、社会效果？梅春来称，法律漏洞是立法应该解决的问题，行政机关首先不能逾越职权法定原则。与一宗计生违法行为的危害性相比，滥用职权的危害性显然更大。

房产证免费“加密” 下月试点 海淀区居民可自愿办理 遗失须去登记部门补办 判决继承过户则不需要

2013年10月30日 法制晚报讯 陈斯

法制晚报讯(记者 陈斯)下月1日起，本市将在海淀试点房产证免费“加密”服务，业主可以为名下房产证增设密码，给房产过户增加一道安全门。

目前全市相关系统的调试已经完成，而在海淀区试点之后，将在全市推广。

本市从1998年起使用统一房本后，房产证上已有多项防伪标志，房屋登记部门办理业务时，通过查阅原始登记档案和验证防伪措施，已能有效防范持假证办理房屋登记。

但相关负责人坦承，目前过户大厅对于识别人是否假冒仍有一定难度，假冒的权利人往往与房屋所有权人身份证明上的照片的长相相似，并通过各种手段获得了真实的房屋所有权证和房屋所有权人身份证明，之后将房屋所有权人的房屋买卖或抵押，给房屋所有权人造成重大经济损失。

这位负责人说，这类情况主要见于家庭发生内部矛盾时或不法中间人恶意欺诈。

但从下月开始，海淀区的居民就可自愿申请为房本免费加密。业主可持身份证明、房屋所有权证的原件和复

印件，到海淀区房屋登记大厅办理加密事项。如房本上记载信息与现状相符，可直接设立登记密码，登记密码为6至12位阿拉伯数字。

密码遗失补办可委托

目前，加密服务主要面向房主为个人的房产证。一旦设定了密码，以后再办理房屋登记业务时就需输入正确密码，否则将不能办理相关手续。

提到密码，很多人会想到近期热炒的“重病老人被担架抬进了银行改密码”事件。记者上午获悉，一旦加密后，须妥善保管好房产证和密码，如连续三次错误输入导致密码失效或忘记登记密码，需要先办理密码挂失手续，再申请办理相应的登记业务。

据介绍，密码设立后，可以到房屋所在区县的登记部门或通过市住建委网站修改密码。如果忘记登记密码，可以到房屋所在区县的登记部门办理密码挂失业务，办理人须提交房主身份证明和房产证原件。

但同时可以委托他人代为办理，受托人须提交明确密码挂失事项的公证委托书和受托人身份证明原件。

办理了密码挂失业务会短信通知房主。办理人可在密码挂失时选择是否重新设立登记密码。如果因为连续三次错误输入密码导致密码失效的，也可通过此种方式办理。

判决继承过户不需密码

如果房主、房屋状况等已变更，需先申请将房产证变更至与现状一致后，再申请设立登记密码。业主如果是在申领房产证环节加密，办理人在领证窗口领取房产证时，即可设立密码。

对于已经领取的老房产证，登记部门需要结合房屋登记档案核对房产证的真伪。因此要在5个工作日后，办理人再到登记部门设立密码。如果房产为夫妻共有，则应由共有人共同申请权证加密。

房主持已设立密码的房产证申请买卖、抵押等房屋登记业务，房屋登记部门在受理时会要求其输入密码，如能正确输入登记密码，则按程序继续履行登记程序；如连续三次错误输入密码，则需挂失密码后，再重新启动受理。

如果房主委托代理人申请房屋登记，代理人应代为输入登记密码。对于房主申请的登记业务，不校验登记密码的业务种类为继承遗赠、生效判决房屋转移。

“这几类都是比较特殊的情况，比如继承的，法律上已经规定了法定继承人；法院判决已经明确判给谁了；这时有没有密码其实没什么作用。”相关负责人说。

直击社会转型期女性权益纠纷新变化

2013-10-29 中国妇女报 孙晋 管添如

基于2013年某省妇联信访系统的数据分析可以发现，女性最关心的问题，始终是婚姻家庭权益，其次才是劳动及社会保障问题；而在家庭纠纷中，财产纠纷占最大比重，明显高于子女教育纠纷以及扶养问题。女性权益纠纷的变化体现了社会转型期的时代特点。

近年来，我国城市化发展进程不断加快，人口进一步大规模流动，牵动着每个社会成员的工作与生活。以女性群体而言，不论是在婚姻家庭方面，还是在劳动和社会保障等方面，其权益纠纷也发生着微妙的变化。通过汇总2013年某省妇联信访系统有关女性权益纠纷的案例并加以统计分析可发现，这些变化趋势或规律与我国的经济社会发展现状有着某种必然的内在联系。

女性权益纠纷整体现状

基于2013年某省妇联信访系统的数据分析可以发现，总体而言，女性最关心的问题，始终是婚姻家庭权益，其次才是劳动及社会保障问题，婚姻家庭纠纷占据了五六成的比例。这是由女性在社会家庭中的分工直接决定的，当然也与数据的采集途径有关，一般职业女性多会选择通过律师或者其他手段来维护自己的劳动及工作权益，而较少向妇联寻求救济。而在婚姻家庭纠纷中，家庭暴力所占的比例又远远高于其他所有纠纷。就家庭暴力而言，致残的几乎没有，但是因一次或者经常性遭受家暴而致伤的情况却大量存在。除此之外，较引人注目的就是婚外同居问题，其所占比例始终高居不下，且在近些年并没有明显变化。

而就女性的人身权益和财产权益而言，在统计数据中有关人身权益如人格权、性侵犯等所占的比例始终很小，但这并不代表这类问题出现的频率低，而是与女性自身的心理以及性格特征有关，一般女性都不会把自己受到的人身侵犯告知他人。在财产权利方面，住房拆迁始终是近几年的热点问题，所占比例较高，保持在35%左右。这与我国当今国情也息息相关，在拆迁过程中，很难设计出一套合理的制度安排，来均衡城市住房拆迁中各个利益主体之间的关系，特别是拆迁中的弱势群体，如妇女儿童以及老人等的利益，很难得到保障。

女性权益纠纷具体分析

——婚姻家庭权益

在婚姻家庭权益纠纷中，主要有两类问题，一是家庭纠纷，另一个是离婚投诉。

在家庭纠纷中，财产纠纷始终占最大比重，明显高于子女教育纠纷以及扶养问题。在我国实施的法定财产制形式是婚后所得共有制，我国婚姻法第17条明确规定，“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻双方共同所有……”，随着我国市场经济的发展，有些青年女性结婚是以获得财产为目的，这必然会导致共有财产分

割问题的尖锐化。

在离婚投诉中，近些年来一个明显的趋势就是由住房分割问题引发的纠纷不断增多。经比较发现，就在2011年左右，财产分割纠纷所占的比重已经超过了有关子女抚养问题所产生的纠纷。这与2011年新婚姻法的出台有着直接的必然的联系，新婚姻法中关于房产分割的一系列新规定如“谁首付房子就归谁”等无疑引发了社会关于女性权益保护的诸多争议。

——劳动和社会保障权益

总体而言，劳动和社会保障权益纠纷在所有权益纠纷中仍占有一定的比例，在15%左右，所以仍不可忽视。

在更加具体的权益类别中，性别歧视所占比例远远低于劳动纠纷以及社会保障，仅占3%，然而这并不能说明性别歧视不是女性权益受到侵害的表现之一，这主要是因为随着性别歧视问题隐蔽性的加深，使人们很难直接把某种行为定义为性别歧视，但是性别歧视无疑是导致许多其他劳动和社会保障权益纠纷的隐性原因之一。

而在社会保障中，就具体问题而言，儿童以及老人治病问题始终占较高的比重，在20%左右，这与我国的医疗制度有很大关系。我国虽然进行了一系列医疗体制改革，然而“看病难，看病贵”问题依然存在。除此之外，单亲母亲家庭问题所占的比例近几年也在不断飙升。随着改革开放，传统的家庭价值观受到强烈冲击，离婚率不断上升，据全国民政事业2011年的统计数据显示，平均每天有5000多个家庭解体。然而正如有些学者指出的，超高的离婚率背后的根本动因还是经济因素，离婚是成本与收益比较而做出的理性选择，所以单亲母亲家庭问题本质上还是在社会转型期随着我国经济结构发生变化而产生的的社会问题。

——人身权益和财产权益

据统计，人身权益和财产权益纠纷所占比例合计在10%左右，而且还呈现逐年增长的趋势。

就人身权益而言，主要表现为医疗事故和交通事故方面的纠纷。一般而言，医疗事故纠纷会略高于交通事故纠纷，一般涉及到的都是合理赔偿问题。就财产权益而言，近些年来一个主要变化就是关于继承权的纠纷成倍增长，女性对于家庭以及家族中的继承权提出了越来越明确的要求，这与社会转型期女性权利意识和自我保护意识的崛起有很大的关系。

除此之外，还有一个突出问题——村民待遇问题，在财产权益中也占了将近30%的比例，它主要包括农村土地承包权益问题以及土地征收征用补偿费问题。为了改变婚后妇女土地权利缺失的现状，我国的现行法律已采取了相应措施，但是，现实中却出现部分婚后妇女（结婚、离婚、丧偶）的土地承包权益弱势更甚的状况。这也从另一个方面说明，随着农村地区教育水平的不断提高，人们权利意识的不断增强，越来越多的农村妇女学会了如何向政府部门以及妇联等机构寻求救济，这是农村女性自我权益保护的一大进步。

总的来说，我国女性所面临的权益问题是随着时代的发展而不断变化的。在面临社会转型的今天，女性在政治、婚姻家庭、劳动和社会保障等方面的权益纠纷也体现了鲜明的时代特点。与此同时，随着我国政治、经济以及法律体制的不断完善，各类政府组织以及民间组织发展的不断壮大，女性得以诉诸的救济途径也越来越多样化，女性权益也将得到越来越充分的保护。

（孙晋为武汉大学法学院教授、武汉大学弱者权利保护中心主任、武汉大学妇女与性别研究中心副主任；管添如为武汉大学法学院本科生）（孙晋 管添如）

媒体评论：离婚率暴增 41%道出房产调控“偏靶”

2013年10月30日 新京报 周俊生

结婚离婚，都为房忙，道出政策的“偏靶”——重税遏制房价上涨，增加交易成本，却难改对住房的需求。

据报道，北京市民政局日前公布，今年前三季度离婚登记数量达到39075对，已经超过去年全年的数量，与去年前三季度相比则暴增了41%。这种增幅远超出前4年的平均水平。

近年来，各大城市的离婚数量一直是“稳步攀升”，这与现在年轻人对于婚姻的尊重减退有直接关系。但是，一年之内离婚数量猛增四成以上，恐怕很难用“离婚随意化”的心态来解释。而专家揣测的“跟卖房避税”有关，倒是值得说道说道。

今年2月，“国五条”政策出台，其中规定按个人转让住房所得的20%征收个人所得税。在随后北京市出台的“国五条”执行细则中，进一步明确仅对个人转让自用5年以上并且是家庭唯一生活用房免征个人所得税。受这一政策影响，很多拥有二套房的家庭选择通过离婚的方式逃避高额税负，这直接导致了一段时间内离婚率的上升。这种情况不仅发生在北京，在国内其他一些大城市，同样存在着为规避这一所得税条款而突击离婚的现象。这种“假离婚”，照样会算进离婚率中去。

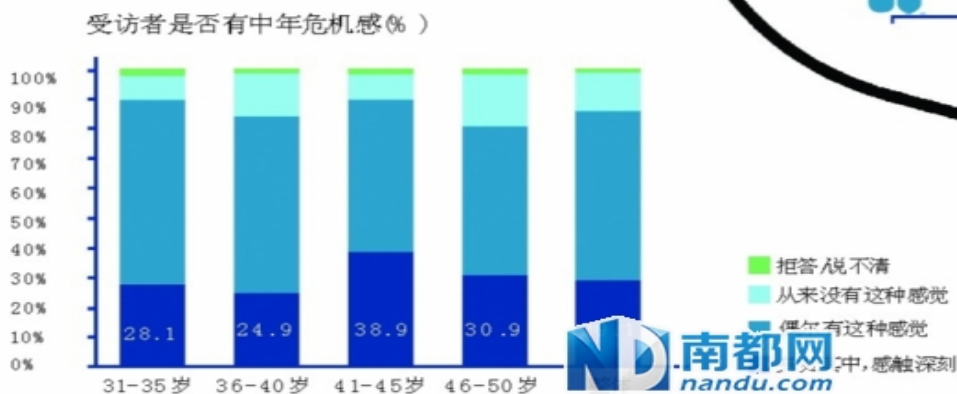
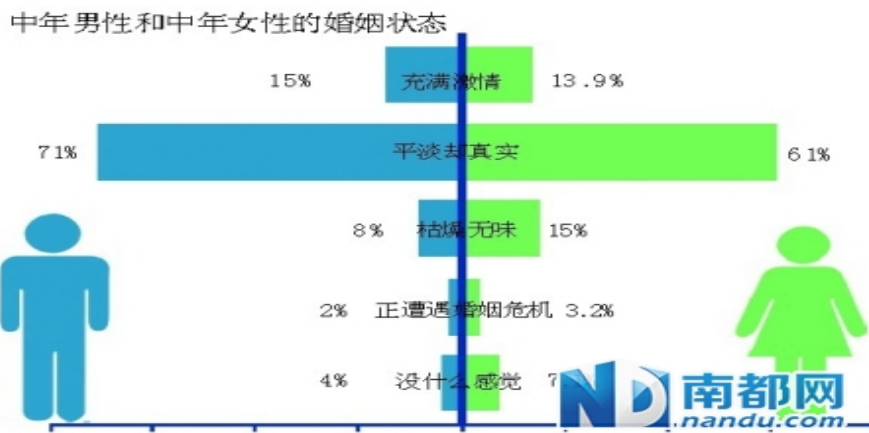
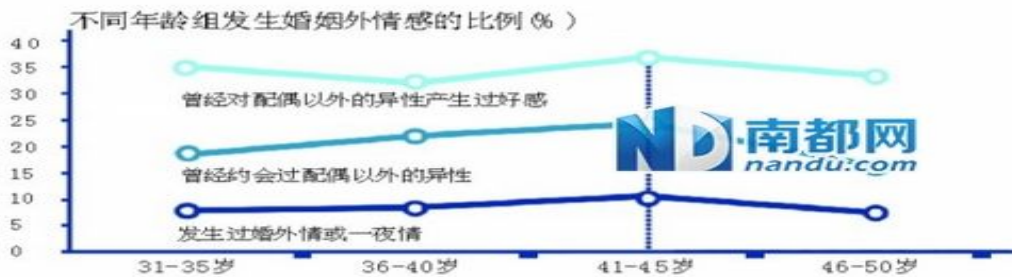
以离婚为手段来避税的人，即使是在完成房产交易成功避税后又复婚的，其婚姻终究因此出现了伤疤，这种对婚姻的轻佻做法不值得称赞。但在现实社会里，婚姻与经济利益还存在着剪不断理还乱的关系，为了避税而离婚，也是经济社会里的一种现实考量，虽然不够高尚，却很实际。一项公共政策，旁生出了这样的社会效果，这证明了这项政策存在的偏误。

房地产调控，虽不以拆散家庭为目标，却以家庭作为一个调控指标时，必然会引起家庭的动荡，在经济利益的算计大于家庭稳定的目标时，这种动荡将尤为触目。

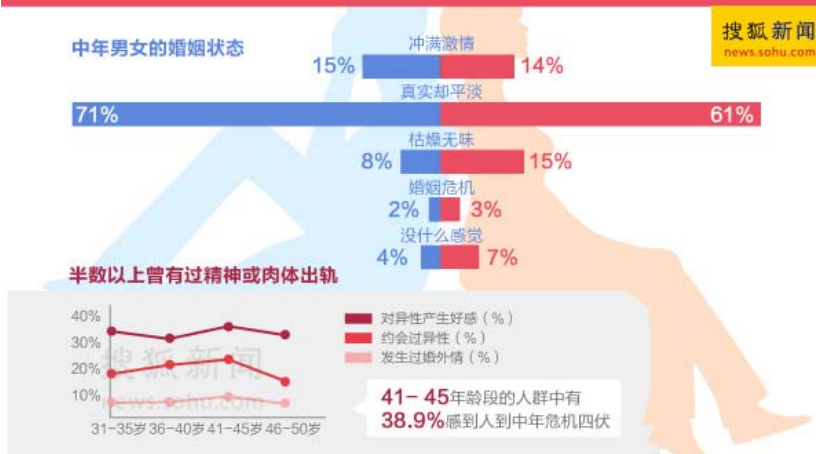
有人为了房子或避税“假结婚”，有人因此假离婚，结婚离婚，都为房忙，看似荒诞，却道出政策的“偏靶”——以重税来遏制房价上涨，增加了交易成本，却难改对住房的需求。为抵御因此而增加的负担，百姓玩起“小聪明”，也只是被逼出的“市侩智慧”。

调查：过半中年人精神或肉体出轨 想要异性知己

2013年10月30日 大江网 刘倩



过半中年人精神或肉体出轨



人到中年，压力大不大，有没有危机感向你袭来？零点研究咨询集团近日一项《2013年中年危机调查》显示，受访者中41-45岁的中年危机来势最凶。中年人或许是为了弥补婚姻的乏味和平淡，约半数的受访者希望自己有个蓝颜/红颜知己，而且半数以上中年人曾有过精神出轨或肉体出轨。

41-45岁时中年危机来势最凶

本次调查利用零点研究咨询集团网络调查系统，于2013年8月8日-14日针对北京、上海、广州、成都、武汉、西安六城市的1296位31-50周岁居民进行的随机访问。

在调查的6个城市中，包含了北上广三个一线城市，以及武汉、西安、成都三个二线城市。调查显示，北京、上海、广州三个一线城市的中年人明显压力甚大，尤其是北京和上海两大城市，中年人的危机指数并列第一高，都是68分。广州危机指数略低于北京上海，但是也在整体均值以上。

在30-50岁的城市居民中，41-45岁的中年人对“中年危机感”最深切。数据显示，处于41-45年龄段的人群中，有近四成(38.9%)对“人到中年，危机四伏”的感触深刻，明显高于其他几个年龄段的感受。

近三成中年人负面情绪无从表达

除了感情生活，中年人面临的压力也不小。调查显示，中年人舒缓压力或缓解负面情绪的最常用的方式是“亲近的朋友或家人诉说”(43.9%)。而1/4的中年人选择通过微博/微信等网络途径进行倾诉。最令人忧心的是：有近三成(27.7%)的公众无从表达(被动的，无渠道：16.1%；主动的，习惯自己承受：11.7%)。

男性和女性中无从表达的比例相当，但是更多的女性是“被动的无处发泄”，认为自己是缺乏倾听者(男性：14.1%，女性：19.7%)，而男性则更习惯“自己闷着”(男性：14.1%，女性：7.2%)，是主动的无处发泄者。

半数以上曾有过精神或肉体出轨

平淡真实是中年人婚姻真谛，处于此婚姻状态中的中年人占总体的67.3%。在中年人群体中，婚姻状态处于良好状态的，占总体数量的81.8%，其中，认为当下婚姻充满激情，仍有爱恋感觉的仅占14.5%。余下的二成左右中年的婚姻状态并不那么尽如人意，甚至部分人面临婚姻危机。

针对已婚群体的婚外情感的数据显示：明确表示在过去一年中，没有发生过任何婚外情感的中年人为46.2%。也就是说，有半数中年人曾经发生过某种程度的出轨。其中，34%的中年人曾经对配偶以外的异性产生过好感；有21.5%的人曾经约会过配偶以外的异性；另外，有近一成(8.6%)的已婚中年人在过去一年中发生过婚外情或者一夜情。

男女都想要个异性知己

或许为了弥补平淡婚姻，近半数人想要个异性知己。调查结果显示，被调查的群体中，约半数(47.5%)的受访者希望自己有个蓝颜/红颜知己，并且，无论是男性还是女性，对于这种精神层面的友人的需求度相差无几(男性：47.3%；女性：47.7%)。另外，高收入群体可能由于物质富足下，对蓝颜/红颜的需求要比中低收入者要高(高收入：52.6%，中等收入：49.5%，低收入：37.7%)

四川省法律援助条例 12 年来首次大修 遭受家暴可申请法律援助

2013年09月24日 四川法制报

修订草案将遭受家庭暴力、虐待、遗弃的侵权，以及环境污染造成损害的公益侵权等事项都被纳入援助范围。本报讯(记者 开永丽)昨(23)日，四川省第十二届人大常委会第五次会议在成都开幕。颁布施行12年后迎来首次大修的《四川省法律援助条例》修订草案昨日提交大会审议。

修订草案共六章50条，与原条例五章31条相比，增加一章，修改25条，增加19条。对法律援助和法律援助人员的范围等方面，都进行了相应的增加和修改。

据省人大内司委副主任委员王杨介绍,《四川省法律援助条例》自2001年颁布施行,随着经济社会的发展,条例规定的内容与法律援助社会需求和工作现状已不适应。“特别是2003年国务院《法律援助条例》颁布实施和2012年《刑事诉讼法》修改以后,条例中的一些规定与上位法不相协调。”王杨说,同时,全省各地在实施法律援助过程中,积累了很多好的经验需要总结,也遇到了一些问题需要解决,对条例进行修订已经十分必要。

解读

■扩大援助范围

公益侵权可申请受援

根据我省实际,修订草案在原条例基础上扩大了法律援助范围,主要体现在五个方面。

一是法律援助几乎涵盖了所有低收入群体,包括享受最低生活保障待遇的城乡居民、在社会福利机构内由政府供养的人员等六类群体。二是将与民生相关的事项,如食品药品安全事故和因使用伪劣化肥、农药、种子、农机具及其他伪劣产品导致合法权益受到侵害的人员纳入援助范围。三是将遭受家庭暴力、虐待、遗弃等侵权的相关弱势群体纳入援助事项。四是将环境污染造成公民合法权益损害的公益侵权纳入援助事项。五是见义勇为、社会公益行为而产生的民事权益请求、农民工请求支付劳动报酬或工伤赔偿等特殊情形纳入援助对象。

■增设法援人员

两类人员可提供援助

国务院《法律援助条例》等相关规定对法律援助人员的范围进行了规定。本此修订,根据我省实际,仍保留了原条例中的“公证人员”,同时增设了“司法鉴定人员”,这两类人员仅对法律援助案件涉及有关公证或司法鉴定的事项给予法律援助。

■与《律师法》等协调

确认为“无偿法律服务”

为保证修改后的条例与《律师法》和国务院《法律援助条例》的统一与协调,修订草案将法律援助确定为“无偿法律服务”,修正了原条例关于法律援助是“为经济困难或者特殊案件的当事人提供法律服务,实行免、减收费用”的规定。此外明确了法律援助的性质,规定法律援助是政府的责任,明确县级以上地方人民政府应当将法律援助工作纳入国民经济和社会发展规划,保障法律援助事业与经济、社会协调发展等职责。

■与《刑诉法》的统一

司法机关有援助职责

2012年修改的《刑诉法》对刑事法律援助作出了新的规定,修订草案据此也作了相应的修订。

明确了选择性刑事法律援助申请的条件与范围,规定在侦查、审查起诉、审判阶段犯罪嫌疑人、被告人因经济困难或其他原因没有委托辩护人的,本人及其近亲属均可申请援助。

对强制性刑事法律援助的范围,修订草案也予以了明确。规定对在侦查、审查起诉、审判阶段对没有委托辩护人的未成年人,盲、聋、哑人,尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人等,相关司法机关应当通知法律援助机构指派律师提供辩护或法律援助。

修订草案进一步明确了司法机关在刑事法律援助中的职责,修订草案从法律援助告知义务、及时通知辩护与代理以及提供其他相关支持等方面,规定了公安机关、检察机关和法院在刑事法律援助中的具体职责。

■与司法救助相衔接

可依据救助决定提出申请

“法律援助和司法救助分属于两个不同的体系,两者在实施机制上存在关联性、可协调性,”省人大内司委副主任委员王杨指出,修订草案参照最高法、司法部《关于民事法律援助工作若干问题的联合通知》的规定精神,对两者作了衔接规定。

草案规定,申请人以人民法院给予司法救助的决定为依据申请法律援助的,法律援助机构对本条例情形的,应当作出给予法律援助的决定;受援人以给予法律援助的决定为依据,向人民法院申请司法救助的,人民法院应当作出给予司法救助的决定。

巴南法院落实司法便民举措,简化房产权利人过户手续——只需法院确认可直接过户

2013年10月20日 重庆法制在线 通讯员 钟宇斌 记者 朱颂扬

“前两天,法院给我打电话让我凭离婚判决书,就可以办理房产过户。这不,我昨天在区土地房屋权属登记中心终于领取了房产证。”李女士高兴地告诉记者。近日,为进一步落实司法便民利民理念,巴南法院通过执行联动,与巴南区土地房屋权属登记中心召开联席会,推出了一系列便民举措。深化司法便民理念

家住巴南区李家沱的李女士与丈夫半年前经巴南区法院判决离婚。李女士分得夫妻共同所有的房屋一套。在判决生效后,她向巴南区土地房屋权属登记中心申请过户登记。但是,应由土地房屋权属登记中心直接办理还是由当事人申请强制执行后拿法院出具协助执行通知书再办理,法律法规对这种情形规定不够明确,区土地房屋权属登记中心和区法院也未形成一致意见。为此,李女士一直未办成房屋过户。

为深入开展好党的群众路线教育实践活动,深化司法为民便民理念,从细节入手做好司法服务,日前,巴南

法院与巴南区土地房屋权属登记中心召开联席会，推出了一系列便民举措，诸如李女士这样的问题，土地房屋权属登记中心承诺凭法院相关文书即可优先办理，两三个工作日内即可领取房产证。简化房产权利人过户手续

据了解，在联席会上，巴南法院与区土地房屋权属登记中心通过充分研讨论证，结合司法和行政两方面的相关规定，达成了一致意见并形成了会议纪要：就办理执行案件和协助执行事项有关问题，从切实保障人民群众利益的角度出发，尽可能简化手续，形成了统一的具体操作模式。

巴南法院刘比副院长表示，今后，法院生效法律文书明确将房屋所有权确定给当事人的，当事人可持法律文书及法院出具的生效证明直接向区土地房屋权属登记中心受理审查科申请权属转移（变更）登记，无须申请法院强制执行。

据介绍，此项执行联席会议机制将实行常态化，更多的利民举措和执行联动举措有望陆续出台。

生个残疾孩子遗弃 医院帮其代养两年这对父母因涉嫌遗弃罪被刑拘

2013年10月20日 重庆法制在线 通讯员 刘伟宏 记者 舒楚寒

出生婴儿存在先天缺陷，父母狠心遗弃亲生儿子2年。记者近日从大足警方获悉，这对父母因涉嫌遗弃罪已被刑拘，检察院并准备对其提起公诉。

患病儿子刚出生父母却跑了

事情发生在2年前。2011年8月7日晚，大足区医院妇产科，阿芬（化名）的腹部开始阵痛，感觉肚子里的孩子快要出生，在一旁陪护的丈夫阿星（化名）赶紧找来了医生。医生检查后，发现胎儿较小，可能存在先天问题，同时已属于过月出生，于是果断采取剖腹手术。经手术，男孩“丢丢”出生了。但由于先天存在缺陷，“丢丢”肺部出现问题，并存在身体部分畸形，医生随即将小丢丢转入儿科病房进行治疗。

然而，作为父母的阿星和阿芬，得知儿子存在先天缺陷后，看了几眼正在接受抢救的“丢丢”，便狠心地以医院在孩子出生时救治有过错为由，不愿领取孩子。同时，两人在未结清医疗费的情况下，丢下“丢丢”，私自离开了医院。

医院在阿星和阿芬离开医院后，继续对“丢丢”进行治疗，但先天畸形造成的后遗症却难以治愈。在治好“丢丢”身体的病后，医院找到“丢丢”的父母，要求他们接回儿子自己抚养，并支付拖欠的医疗费用。然而，阿星和阿芬却以“我们只想要一个健康的小娃儿”为由拒绝了。

医院为了让“丢丢”继续生活，担负起了抚养“丢丢”的责任，但这一抚养就是2年。在这2年时间里，医院多次与小丢丢的父母协商，希望他们将孩子带回家抚养，但均遭到了阿星和阿芬的拒绝。

法院判决后

孩子父母拒绝执行

无奈之下，2012年7月，大足区人民医院将阿星和阿芬告上法庭，要求2人接回儿子，并支付治疗产生的费用。但阿星和阿芬却始终认为他们的孩子畸形是医院造成的，因此再次拒绝支付费用并接回孩子。最终，法院判决阿星和阿芬履行父母义务，并支付治疗费用。在执行判决时，医院将已治疗好的小丢丢送到阿星和阿芬家时，两人再次予以拒绝，并坚决不接受小孩。医院在无奈下，只好将小丢丢带回医院继续抚养。

今年9月，医院请求阿星和阿芬履行义务，但再次被拒绝。在万般无奈下，医院向大足警方报案，要求追究阿星和阿芬遗弃孩子的刑事责任。

9月12日，大足警方将阿星和阿芬抓获归案。审讯中，警方希望阿星和阿芬履行作为父母的责任，但两人却态度坚决地声称：他们只要一个健康的小娃儿，不要这个有先天缺陷的小孩。

目前，阿星已被警方刑拘，阿芬由于怀孕，被大足警方监视居住。据大足警方介绍，案件现已经移交检察机关提起公诉，由于两人涉嫌遗弃罪，很可能将面临5年以下有期徒刑、拘役或管制的刑罚。

宁夏灭门案引发思考 家暴何以步步升级？

2013年10月23日 四川法制报

近日，宁夏灭门案引发公众对“家庭暴力”的强烈关注。专家指出：我国仍有24.7%的女性曾在婚姻生活中遭遇到不同形式的家庭暴力，从个案来分析，暴力程度还有不断升级的趋势。此灭门案疑犯麻永东对妻子存在长期的家庭暴力。若可以假设的话，如果丈夫第一次家暴，妻子就利用法律武器，执法机关就依法处置，事态还会发展至此吗？

2013年10月14日，宁夏彭阳县红河乡文沟村村民兰油布一家7口被杀身亡，经侦查，兰油布的女婿麻永东有重大作案嫌疑。公安机关立即成立专案组开展侦破工作。10月18日麻永东已经落网。

19日中午，将妻子一家七口灭门的犯罪嫌疑人麻永东被押解回老家彭阳县。据受害者的多名家属回忆，今年8月以来，麻曾多次威胁妻子，如果敢离婚就将其灭门。

有专家指出：此灭门案疑犯麻永东对妻子存在长期的家庭暴力。如果丈夫第一次家暴，妻子就利用法律武器，执法机关就依法处置，事态还会发展至此吗？ 宗和

评论

应实现对家暴“零容忍”

“宁夏灭门案”导致两个家庭悲剧。在家暴面前，兰家和大多数受害者一样选择了一再忍让。这一方面也许是由于对暴力的忌惮、对“家丑”的顾忌，另一方面也许是对法律不信任。此案中，当地办案民警没有尽到足够的注意义务，虽然法律已经确立了对家暴的惩罚措施，但在各地不成文的执法惯例中，对于类似的家暴纠纷，司法人员往往以调解为主，更要“尊重”受害者的态度。可是，这种“尊重”反而是在伤害。当受害者拥有处罚或不处罚施暴者的选择权，会由于担心以后遭受更大强度的暴力，而选择放纵施暴者。

在这种现实语境下，执法机关就更有必要强硬起来，实现对家暴的零容忍，让所有施暴者感知到，只要实施了暴力，只要触犯了法律，即使得到受害者谅解，即使受害者为之求情，也逃脱不了法律的制裁。也许只有这样，受害者才能感受到法律的保护，才敢于对家暴说不。由家暴衍变而成的极端暴力案件，才会逐渐减少。

舒锐

声音

对家暴升级频发的思考

从社会学的角度而言，当前，整个社会对心理健康问题的重视程度正不断加强，各类心理门诊、书信咨询及广播、电视上各类咨询涌现。但是许多人当遭遇心理困扰时，往往还是不愿让家人及朋友知道，于是向社会求助就成为一种有效途径。遗憾的是，我国这方面工作非常不足。

我国“家丑不可外扬”的传统观念，无形之中给家庭暴力提供了一个保护网。很多妇女长期被丈夫的淫威所笼罩，自己吃尽了苦头和折磨，但就是不愿求得法律的保护。尤其是一些经济不独立的妇女，不愿意以家庭的破碎来换取自己的安宁。这就使得一些受害人宁可忍气吞声，逆来顺受，也不愿诉诸法律。没有控告，司法部门也只能漠然处之。

投诉无门也是一个原因：有的公安或调解部门深受“清官难断家务事”的旧观念影响，自己正儿八经地去解决，可是当事人已经和好如初，反倒显得自己多管闲事，弄得很尴尬。因此对这类家庭暴力总是采取淡化处理的办法。

家庭作为社会的细胞，它的安宁有助于社会的稳定。因此对家庭暴力不可等闲视之，在法律的约束下，对施暴者是一种震慑，对受害者是一种保护，能够抑制家庭暴力，强化法律的权威性，如果家庭成员能用法律约束自己，就完全可以避免家庭暴力发生。

文予

背景

盘点近年家暴引发灭门案

北京李磊杀人灭门惨案：2009年11月27日16时许，北京大兴发生一起震惊全国的李磊杀人灭门惨案，一家六口家中被害，最小的年龄不到2岁。不久，北京大兴第二起灭门案：男主人砍死妻子和儿子。一个月之前，李磊在此亲手杀掉一家六口，震惊京城。而仅一个月后，同小区的另一个男主人张武立用菜刀将妻子、儿子砍死。他蘸着妻儿的鲜血在墙上写下“为了人民”四个血字。

广西地税局长灭门案：小姨子雇凶杀姐夫全家，2012年5月2日，广西贺州市八步区地税局贺街分局局长周子雄一家四口被害案，包括周子雄妻子的胞妹凌小娟在内的3名犯罪嫌疑人被抓捕归案。

河北省清河发生特大杀人案：6人被枪杀嫌犯自杀：2009年12月28日，邢台市清河县“羊绒大王”庄荣昌家遭遇特大血案。庄荣昌内侄陈谦在庄家用钝器杀死6人后，持单管猎枪在另一亲戚家射伤4人。

河北灵寿灭门案：上门女婿深夜斧砍一家六口：2010年2月10日凌晨3时，灵寿县南营乡漫山村发生一起灭门案。受害人卢生（化名）一家6口被杀死于家中。

寻找股东投资公司虚构官司坑合伙人 虚假诉讼“专业户”打假官司敛财400万

2013年10月22日 法制日报案件 见习记者 王春 通讯员 鹿轩

虚构巨额欠款单，伪造多份租赁合同和房屋买卖合同，购买他人作伪证……拥有3家公司的老总通过多起虚假诉讼，轻松为自己赚得400余万元非法利益。

但在真相面前，精于通过虚假诉讼套取合伙人投资款的老总，最终没能逃过法律的惩处。目前，因涉嫌妨害作证罪，毛存新被浙江省温州市鹿城区人民检察院移送起诉，法院正在进一步审理中。

一曲双簧

合伙人被套牢

毛存新，湖北人，于2002年12月26日起担任温州市新美进出口贸易有限公司股东，其哥哥毛某为新美公司法定代表人。2006年3月28日起，毛存新担任温州市毛实电器制造有限公司股东，并于1年后转为实际控制人，其儿子毛某为毛实公司法定代表人。

毛实公司和新美公司成立后，在外地做生意的毛某和在读书的毛某某从未参与过公司的经营管理，两个公司的实际经营者和管理者均为毛存新。

2005年，毛存新找到王某，与其签订参股协议书，协议约定毛存新将新美公司49%的股权转让给王某，王某不需参与公司经营管理，只管分红。随后，王某陆续将165万元投资款汇给毛存新。2007年6月，新美公司出现资金紧张情

况,王某到公司了解情况时发现,公司的财务公章不仅财务人员有一套,毛存新手中也有一套。毛存新经常不经过财务,就将公司账户资金抽走挪为他用。

合作出现矛盾后,王某以公司违约为由提出退股要求,但未得到毛存新同意。王某为拿回自己的投资款,将毛存新告上法庭。

2008年4月,在王某与毛存新解决股权纠纷期间,毛存新指使儿子毛某某和哥哥毛某(均另案处理)等人伪造有关新美公司欠毛实公司货款人民币395.163万元的《长期合作合同书》、《欠款单》等证据后,又安排毛某某代表毛实公司于同年4月10日向鹿城区人民法院起诉,要求判令新美公司支付货款395.163万元及利息。法院立案后,毛存新又指使毛某于同年6月19日到法院作虚假陈述并达成调解协议,后于同年6月23日获得法院调解书。

由于毛某和毛某某通过在法庭上演双簧拿到了调解书,王某无法顺利从新美公司拿回自己的投资款,更未能如约得到分红。

虚假合同

合伙人被掏空

戴某,某文具用品公司老总,资产颇丰。2007年10月,毛存新找到戴某,与其签订参股协议书,协议约定毛存新将毛实公司40%的股权转让给戴某。戴某如约将60余万元投资款汇给毛存新。

2011年9月,毛存新与儿子毛某某签订了伪造的有关毛实公司向毛存新租用市区某大厦2402室的《房屋毛实租赁协议书》等材料后,于同年9月6日向鹿城区法院起诉,要求判令毛实公司向自己支付租金及滞纳金共计16.7万余元。法院立案后,父子两人于同年11月4日到庭做虚假陈述,达成调解协议并获得法院调解书。

父告子追偿房租,并轻易达成调解协议的事实引起鹿城区人民检察院民行科的注意。民行科干警审查案卷后得知,毛实公司并未租用该房屋办公。原来,毛存新虚构一系列合同,逐渐将毛实公司的资金据为己有,从而使戴某的经济利益受到损失。

办案检察官告诉记者,此案中,毛存新将虚假诉讼作为惯用伎俩,用以套取合伙人资产,将公司资金据为己有的情形并不多见。打击此类虚假诉讼违法犯罪行为,还需提高虚假诉讼犯罪线索的初查水平和初查质量,同时也需要加强联合打击力度,建立打击防范虚假诉讼联动机制。

用妻账号还欠款对方耍赖编谎言

2013年10月27日 法制日报案苑 陶成

孙君用妻子的银行卡两次转款还钱11万元,因为是熟人就没让对方打收条,结果事情并没有像他想的那样了结,而是为此惹上了两起官司。近日,安徽省五河县人民法院审结了一起不当得利债权纠纷案,判令张长红母子偿还原告孙君11万元。

孙君在安徽五河县城做建筑材料生意,经人介绍于2011年6月开始向张长红多次借款,后也陆续归还欠款。2012年1月18日和2012年4月3日,张长红说家中也需要钱,要求将钱打入其母亲在徽商银行开户的卡中。孙君通过妻子的徽商银行卡向对方提供的账户分别汇款5万元和6万元。后因纠纷两人关系闹僵,2012年7月份,张长红向法院起诉要求孙君还款,庭审中孙君虽出示两张银行汇款单据,但张长红拒不承认收到这两笔款项,认为汇入银行卡的款项与其无关,后法院判决书未认定该两笔款为还款。

案件执行完毕后,孙君认为,两笔汇款是按张长红的要求汇入,他不予认可,法院判决也未认定,张长红母子重复收取这两笔款无依据,应该返还。前不久,他也向法院提出诉讼,要求张长红母子两人返还11万元,并承担诉讼费用。

庭审中,张长红辩解说,孙君的妻子与自己母亲之间原先就有民间借贷关系,两次打入母亲账户的11万元是还钱的,与自己与孙君之间的借款无关。张长红母亲则说,两次汇款都是由自己和孙君妻子一同前去办理,是两人之间的借钱还钱事情,但没有提供相关证据。

法院经审理认为,孙君在偿还借款时使用妻子的账户是合理合法的。徽商银行打款凭条上签字人为孙君,并非孙君的妻子,与原告证人证言相印证,与被告所述相悖。综合相关案情和证据,可以认定张长红母亲与孙君妻子之间并不存在借贷关系,两笔汇款依孙君的本意是还给张长红的,但张长红拒不承认,前一法院判决书中对这两笔款项也未作还款认定,张长红母子取得该11万钱款即无合法依据,属不当得利,应返还给孙君。

据此,法院作出了如上判决。

女子离婚后短信电话辱骂前夫三年致其患病遭起诉

2013年09月25日 辽沈晚报 韩涛

夫妻感情破裂,最终选择离婚。令男方没想到的是,离婚后前妻经常发短信、打电话骚扰他和家人,甚至出口出侮辱性语言。男子不堪忍受前妻长达三年的骚扰,将其告上法庭。

家住鞍山海城市的刘先生多年前经过别人介绍,认识了一名女子。两人相处了一段时间后,相互觉得不错。不久后两人结婚,成立了家庭。

婚后经过一段时间,两个人因为一些生活琐事出现了争吵。逐渐发展到经常吵架。感觉到两个人无法继续生活在一起,刘先生提出离婚。一开始,妻子并不同意。但两人的感情越来越淡,两人最终选择了离婚。

离婚后，两个人各自独自生活，可能是还惦记着刘先生，前妻开始给刘先生发短信。但是刘先生却表现冷淡，前妻感觉刘先生不能再和自己重新在一起。于是前妻开始发短信骚扰刘先生，甚至发一些带有侮辱性的词汇。

不仅刘先生遭受到前妻的骚扰，就连刘先生的家人也遭到了其前妻的电话骚扰。不论刘先生怎么劝说对方，骚扰却仍旧持续。刘先生经常半夜接到对方的骚扰电话，电话中对刘先生大骂。

这种情况断断续续持续了3年左右，刘先生被折磨的无法忍受，脆弱不堪，甚至患上了疾病。多次劝告前妻未果后，刘先生将前妻告上了法庭。要求其对自己停止骚扰侮辱，并对自己和家人道歉并赔偿精神损失。

海城市人民法院经调解双方达成协议，刘先生前妻停止以短信、拨打电话等方式侮辱、干扰刘先生的正常生活；同时向刘先生赔礼道歉；并于协议签字后给支付精神抚慰金。

侵害他人人格尊严应承担精神赔偿

法官表示，这是一起因侵犯他人人格尊严权而提出的精神损害赔偿纠纷。所谓精神损害赔偿，是指公民在人格权益受到不法侵害时，有权要求加害人给予一定金钱加以抚慰的一种司法救济，也是对实施侵权行为的加害人所给予的一种惩戒性制裁制度。

我国《民法通则》第120条规定，公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。具体到本案，因为前妻的行为给刘先生造成了严重后果，因此法院调解前妻停止侵害、赔礼道歉，赔偿精神损失是有法律依据的。

小舅子弄虚作假 遗产车转到外省 登记机关行政行为失误应予撤销

2013年09月29日 浙江法制报 通讯员 邵丹 陈欢欢

案情：原告李强（男）与刘丽（女）2004年登记结婚，婚后购买的浙J×轿车于2011年登记为刘丽所有。2012年1月，刘丽遭他人故意伤害死亡。2012年3月，刘军（系刘丽弟弟）持相关证照及虚假委托书，到被告某市车管所办理车辆迁出变更登记业务，被告依申请办理车辆迁出变更登记。后该轿车由外省市交警支队办理了迁入变更登记，并又通过二手车交易，办理了机动车转移登记，所有权人为田某。

前不久，李强提起行政诉讼，要求撤销涉案轿车的变更登记并恢复原登记状态。法院支持了他的诉讼请求。

分歧：对本案裁判方式存在三种观点：第一种观点认为，应驳回原告诉讼请求。被告的迁出登记行为对原告的所有权或继承权未造成影响，原告的要求无法在行政诉讼程序中得到满足。第二种观点认为，应判决确认具体行政行为合法。被告在办理涉案迁出登记行政行为时采用形式审查方式，就本案的具体行政行为被告并没有违法之处，程序上亦无不当。第三种观点认为，应判决确认具体行政行为无效。本案迁出登记因第三人授权委托书虚假，也即启动行政程序的先决条件缺失，可以认定该行政行为自始无效不能成立。

评析：同意第三种观点。

第一种观点下的裁判方式，侧重于对原告诉讼请求的审查，就是从实体上审查原告的合法权益有没有因为被告的行政行为受到损害或影响。这样的裁判方式，和行政诉讼着重审查具体行政行为合法性的原则有一定距离。

第二种观点不符合我国行政诉讼法规定的合法性审查原则。如果按照形式审查的理念，法院经法律审后判决维持事实上已被证明是错误的车辆迁出登记行为，必将助长违法造假之风，损害交易秩序和交易安全。

第三种观点做到了法律效果与社会效果的统一。认定被诉行政行为因为启动行政登记程序的基础性材料虚假而依法不能成立自始无效，兼顾了被告在行政程序中的形式审查方式，排除了被告在行政过程中的不当行为或疏漏，同时确认并纠正了在客观上存在重大错误的行政行为，支持了当事人的正当诉求，有利于督促行政机关加强责任意识提高执法水平，使裁判结果更能得到诉讼双方和社会公众的认同。

“北漂”孕妇跑四趟 没办下生育服务登记 孕妇想办生育服务登记后到医院建档 街道办称不知相关规定，需先回原籍办理“准生证”

2013年10月26日 新京报 记者李禹潼 实习生张宁

新京报讯（记者李禹潼 实习生张宁）怀孕本来是件喜事，家住石景山的付女士却因为办不下来生育服务登记从而无法在医院建档感到烦恼。她表示，她已往返居委会和街道办四次仍无果。石景山区老山街道办工作人员称，只有回原籍办理生育服务证后才能登记。而付女士称，医院建档并不需要提交生育服务证，而且往返原籍比较耽误时间，怕错过了建档的最佳时机。

往返四次办登记无果

付女士和丈夫都是山东人，在北京工作。三个月前，付女士怀孕了，小两口开始为孩子的出生做准备。付女士称，大约半个月前，她开始办理生育服务登记，两次找到居委会都没人，第三次才开到了居住证明，并被告知需到街道办办理登记。10月21日，她带着她和丈夫的身份证、结婚证、暂住证、户口本、北京市医疗保险手册和流动人口婚育证明，以及居委会开具的居住证明，但街道办称，只有先回原籍办理生育服务证后才能登记。

付女士说，医院建档并不需要提交生育服务证，只需在孩子出生前回原籍办理即可。“我担心折腾回去再回来身体吃不消，还耽误建档。”她查阅相关政策了解到，外籍孕妇在居住地街道办办理生育服务登记后，就可以申请母婴健康档案，并享受生育保险、围产期保健等待遇。

“不给登记，我也没办法享受孕产期基本公共服务。”付女士说，如果没办法登记，自己只能请假买票回老家

家办准生证。

街道办要看“准生证”

此前，北京出台规定，符合条件要求在北京市办理一孩生育服务登记的，现居住地街道、(乡镇)人口计生行政部门应当为其办理登记，并实行首接责任制。但昨日，老山街道办计生办工作人员表示对该规定不知情，称只有提交生育服务证(俗称“准生证”)，才能办理生育服务登记，否则无法登记。

石景山区计生委流动人口办公室工作人员称，如果孕妇着急办理医院建档，可在街道办办理个人承诺手续，由街道办向孕妇老家核实是否首次生育等相关信息。“来回办下来需要一个月的时间，这期间也不能先办理登记。”工作人员表示，即便孕妇先不回原籍办理生育服务证，待其办理围产保健及医院建档等手续时也需提供生育服务证。

对此，老山街道办计生办工作人员表示，并不清楚个人承诺的相关手续，也从未办理过此项业务，将于下周一上报领导。

昨日，12356阳光计生服务热线工作人员介绍，目前，北京可为孕妇办理生育服务登记，服务登记和生育服务证在医院建档时均为有效证件。

■ 链接

“生育服务登记”和“生育服务证”

生育服务登记和生育服务证是两个概念。生育服务证俗称“准生证”，生育服务登记只是分担了“准生证”的一部分功能，流动育龄夫妻在京做了生育服务登记后，可以凭《生育服务联系单》，享有与北京市户籍人口同等的生育保险等五项计生服务。但这个登记不能取代“准生证”，也不能凭这个登记给孩子上户口。

信息核实困难可推行“承诺制”

2012年12月，北京出台八项便民措施规定，符合条件要求在北京市办理一孩生育服务登记的，现居住地街道、(乡镇)人口计生行政部门应当为其办理登记，并实行首接责任制。对因长期或多次、多地流动无法证明婚育状况、信息核实确实存在困难等特殊情况下推行“承诺制”，受理的现居住地街道(乡镇)人口计生行政部门可依据当事人承诺，为其办理一孩生育服务登记。

七旬老人为争千万遗产 刀砍孙女婿获刑四年

2013年10月07日 金陵晚报 通讯员 何恒兵 记者 陈菲

儿子死后，留下千万财产，面对如此巨额遗产，一家人在遗产继承问题上产生了严重分歧，致使七旬老翁冯某某与儿媳拔刀相向。最终因犯故意杀人罪获刑四年。

冯某某的儿子生前经营一家公司，通过数年的打拼，积累了数千万的遗产，因身体原因突然去世，未留下任何遗言，给家人留下了巨额的遗产，也给家人留下了无尽的悲伤。

冯某某的儿子与前妻生育一女儿，现已满18周岁，后与陈某结婚，面对遗产如何分配、冯某某老夫妻俩、前妻女儿、陈某三方开始了一场持久的争夺战。

2013年1月16日上午9点多，冯某某在昆山市千灯镇某公司办公室内再次与陈某发生争执，后冯某某用事前准备好的菜刀欲将陈某砍死，后因他人阻止而未得逞，造成陈某的头部有多处砍伤。

经法医鉴定，陈某因外伤致头部裂创四处，已构成人体轻微伤。

昆山市人民法院审理认为，冯某某故意非法剥夺他人生命权利，致一人轻微伤，其行为已构成故意杀人罪。

冯某某已着手实施的故意杀人犯罪，因意志以外的原因而犯罪未得逞，属犯罪未遂，依法予以减轻处罚。

冯某某当庭自愿认罪，且取得了被害人的谅解，酌情予以从轻处罚。据此，依法判处其有期徒刑四年。

面对判决结果，冯某某流着悔恨的老泪说道：“现在我想明白了，钱对我一个七旬老人有什么用呀！”

北京市一中院：男子因房产继承酒后连杀俩亲属 法院认为其犯罪性质极为恶劣 已押赴刑场执行死刑

2013年11月03日 京华时报 孙思娅

京华时报讯(记者孙思娅)因家庭房产继承问题导致被告人刘长贵与亲属之间产生矛盾，最终怀恨在心的刘长贵将两名亲属杀害，后被法院判处死刑。昨天记者获悉，遵照最高人民法院院长签发的执行死刑命令，市一中院对被告人刘长贵验明正身，押赴刑场执行死刑。

刘长贵今年50岁，初中文化，曾是北京一家高尔夫游乐公司员工。

据刘长贵交代，他和父亲经营豆腐生意，还和父亲一起盖了8间房。后来他去高尔夫球场上班，很辛苦，他向父亲提出不再帮忙做豆腐了，父亲很不悦。他结婚之后，父亲又让他妻子一起做豆腐，妻子不愿意，父亲就对他有了意见。

刘长贵说，此后的一天凌晨，其二哥刘某、三嫂马某等7人到他家殴打他和妻子，从此他就和这些人结了仇。后来他搬到别的村住，父亲还把原有的8间房拆掉了5间，把剩下的3间房通过公证，给了刘某。

刘长贵认为，父亲留下的3间房是他和父亲一起盖的，不该给他人，于是就和家属打官司。结果败诉，“房子没我的，钱也没我的，我特别气愤”。

刘长贵说，2012年4月27日中午，他一人在家喝了半斤白酒，边喝边看法院判决书，越看越生气，他感觉亲属把他逼到绝路上了，故起杀机。当日下午3点左右，刘长贵拿着一把锄头从家里出来，准备去地里干活，走到村广场大槐树下，看见三嫂马某抱着孙子在广场玩，两人发生口角，刘长贵即持锄头连续猛击马某的头部，致马某重度颅脑损伤死亡。后刘长贵又进入该村刘某家中，持锄头连续猛击刘某的头部，致刘某重度颅脑损伤死亡，“打完人后，我刚走到村广场大槐树下，就被抓了”。

法院审理后认为，刘长贵已构成故意杀人罪，犯罪性质极为恶劣，情节、后果特别严重，必须依法严惩。刘长贵虽能如实供述犯罪事实，但因其犯罪手段残忍，社会危害性极大，不足以对其从轻处罚。

北京密云区法院：妻子难忍家暴触电自尽丈夫告村委会索赔40万

2013年11月04日 京华时报 裴晓兰

京华时报讯(记者裴晓兰)妻子不堪家暴触电自尽，丈夫状告村委会没给变电箱设防护栏索赔40余万元。记者昨天获悉，密云法院开庭审理了此案。

王先生诉称，今年7月一天，他的妻子李女士不堪忍受他的长期家暴，一气之下到村街头设有的高压变电箱触电，次日清晨被路过的村民发现时已经死亡，后经公安机关认定，李女士的死因是电击死亡。

王先生认为，村委会作为该高压变电箱的所有人和管理人，没有在变电箱设置防护栏，未尽到必要的安全管理和防护义务，致使李女士不慎触电身亡，村委会对李女士的死亡负有不可推卸的责任，故起诉索赔40余万元。

村委会辩称，李女士长期遭到丈夫王先生的家暴，村委会也经常为二人做调解工作。事发时，李女士与王先生也发生过激烈争吵，李女士是一时想不开触电身亡，村委会不应对李女士的死亡负责。

目前，此案还在进一步审理中。

上海市宝山区检察院：情场老手婚恋网上“谈恋爱”骗色骗财获刑七年

2013年11月3日 上海法制报 记者 王川 通讯员 欣慰

本报讯 已婚男子张晓东在婚恋网站找女子“谈恋爱”，骗色后又向她们“借钱”骗财。近日，宝山区检察院以诈骗罪对被告人张晓东提起公诉。

现年45岁的被告人张晓东，早在1994年就已结婚并生育一女。

2006年6月和2012年10月，被告人张晓东先后通过QQ和世纪佳缘网站，认识被害人王某和汤某，谎称自己未婚，从而与两人建立恋爱关系。之后还陆续以造房子结婚、还债等名义从两人处共骗得33万元。

今年6月3日，汤某到张晓东位于顾村镇的家中，自称是张晓东的女人，已经怀孕，而且张晓东向她借了很多钱，由此案发。次日，张晓东被警方抓获归案。

庭审中，张晓东对自己的罪行供认不讳，并表示愿意归还两名被害人的钱款，但现在没钱，“等别人把我的钱还给我了，我就还钱。”

“我对不起被害人和家里人，能不能恳请延期一个半月，先把钱还了。”在自我辩论阶段，张晓东称。

宝山区法院审理后认为，张晓东的行为已经构成诈骗罪，但鉴于其悔罪态度良好，遂当庭从轻作出判决，判处有期徒刑七年，并收缴违法所得33万元发还被害人。

合肥夫妻财产约定公证数量增加 车房是主要内容

2013年11月04日 合肥晚报 刘晓平

原标题：合肥夫妻财产约定公证数量增加 车房是主要内容

随着个人财富的增长，以及离婚率的上升，原本少有人问津的夫妻财产约定逐渐多起来。记者获悉，大多数夫妻主要是对房产和车子等财产约定公证，在办理夫妻财产约定公证的当事人之中，再婚者占了相当大的比例。

夫妻财产 约定公证逐年上升

夫妻财产约定协议公证，是指公证机构对夫妻双方或未婚男女双方就各自婚前财产(或婚后财产)和债务的范围和权利归属问题所达成的协议的真实性和合法性给予证明的活动。

夫妻财产约定协议公证一般分为两种形式：一种是未婚男女双方在结婚登记前达成协议，办理公证；另外一种则是夫妻双方在婚姻关系存续期间达成协议，办理公证。中安公证处的副主任汪宏政介绍，“随着离婚率的升高。为了防止纠纷，夫妻财产约定公证也越来越被人们接受。”

记者从合肥中安公证处了解到，在2010年，该公证处办理夫妻财产约定的公证只有82件。2011年办理了125件，2012年办理了223件，今年前9个月已经办理了191件。

房子车子 是主要公证内容

据介绍，从咨询夫妻财产约定公证的人群来看，既有学识广博的知识分子、专家、教授，也有工人、目不识丁的老年人等，涉及的群体非常的广泛。夫妻财产约定 公证中涉及最多就是房产。比如，男方婚前所购某房产，归男方所有。女方父母出全资购买的房子，归女方所有，不属于共同财产等。据介绍，来做夫妻财产约定 公证的，基本上都不止一套房子，最“富有”的一对夫妻有近十套房产。

除了房产以外，车子、房子、股票、股权等都是夫妻财产约定公证的内容。

再婚者 公证数量占比较大

“近年来，在办理夫妻财产约定公证的当事人之中，再婚者占很大比例。”汪宏政介绍，在经历过感情波折后，再婚者在选择伴侣时，用公证的形式划分双方各自的财产，不但对今后的婚姻生活起到保护作用，还能避免纠纷和矛盾。

李先生和张女士是对再婚夫妻。两人结婚后，老李用自己婚前的积蓄，购买了一套房子供夫妻两人居住。一晃20多年过去了，老李与前妻所生的女儿成家立业。老张也越来越担心，女儿会不会与自己争这个房产归属。为此，老两口来到了公证处咨询，最终通过夫妻财产约定公证的方式，确定了该房产归属为老两口共有。

“再婚者办理夫妻财产约定公证的，以老年人居多。”汪宏政说，因为老人再婚一般都涉及到全家的利益重组，若财产归属没有弄清楚，家庭内部纷争使得矛盾升级，这样的婚姻也不会幸福。

夫妻财产 约定公证年轻化

随着房价不断攀升，年轻的80后、90后进行夫妻财产约定公证的人数也在不断地增多。“因为这类群体年纪尚轻，大多数年轻人的婚房是一方父母倾全力购买，因此需要通过公证约定该房归属。”

小军(化名)和小芳(化名)是一对恋人，双方家人共同筹资为两人购买了一套婚房。然而，婚房购房合同上只署了小军的名字，房产证上也只署了小军一个人的名字。考虑到自己父母也为房子出资了数万元，在小芳建议下，两人一起来到了公证处做个夫妻财产约定公证，以免日后因感情意外产生纠纷。(本报记者 刘晓平)

福建出台首个公安机关办理家暴案件工作规定

2013年11月5日 中国妇女报 吴军华

本报记者吴军华 发自莆田 为进一步推进预防和制止家庭暴力工作，莆田市公安局近日制定出台了《莆田市公安局公安机关办理家庭暴力案件工作规定》(以下简称《规定》)。为全市公安机关在办 理家庭暴力案件时提供了依据，这也是福建省首个市级公安机关出台规范办理家暴案件的规范性文件。

根据《规定》，公安机关应及时受理家庭暴力案件的报警求助，严格落实首接责任制，做到快速接警、快速处警、依法取证、及时救助，不得以家庭纠纷等为由拒绝、推诿或拖延。

《规定》要求，民警在对情节特别轻微、主动消除或减轻违法后果并取得受害人谅解、经调解处理达成协议及其他不宜直接做出行政处罚的家暴行为，作出训诫处理，由 承办民警向加害人发出《家庭暴力训诫报告书》，训诫书还将抄送给受害人以及当事人住所地或经常居住地村(社区)妇联组织，加害人经训诫后拒不改正，再次施 暴且受害人不同意调解的，公安机关应依法从重处理；公安民警在家庭暴力报警先期处置或处警结束后，应当将案件情况及时通知社区民警。社区民警应当在一个月 内对当事人进行回访，并根据回访情况会同妇联组织、居(村)民委员会、基层司法行政、人民调解委员会继续做好工作。

长沙开展反家暴研讨

2013年11月6日 中国妇女报 刘爱兰

刘爱兰/本报记者邓小波 发自长沙 近日，由反家暴网络/北京帆葆和长沙市妇联联合举办的长沙市多机构合作与识别和干预家庭暴力案件研讨班在湖南长沙开班授课，湖南省、市相关部门领导以及来自北京、台湾的反家暴专家出席了开班式。

长沙市妇联主席谭慧慧介绍了“反家暴长沙模式”的建设经验，长沙反家暴工作实现了六个“率先”、四个“100%”，发出“人身保护民事裁定”60余份，促使长沙的家暴信访投诉下降、重大典型家暴案件得到有效处理、反家暴环境日趋优化。

在 两天的研讨课中，大家对家庭暴力与社会性别的相关概念，家暴与普通婚姻家庭冲突的区别，内地目前干预家暴的状况、成果与挑战，台湾多机构合作干预家暴情 况，危险评估的意义、方法、后续影响进行学习和讨论，并制定各试点地多机构联动行动计划、联动机制、流程和时间表，联席会议制度构建和实操流程约定等。

研讨班通过专家学者的指导，结合研讨人员的工作实践，共同探讨多机构合作反对家庭暴力模式，争取推动开福区、浏阳市两个试点地区出台关于多机构合作干预家庭 暴力模式的有关文件，以点带面，推进全市反家暴工作取得新的突破，切实有效保障家庭暴力受害妇女的人身安全和合法权益。

丈夫驾车带小三外出 妻子骑车跟梢被丈夫碾死

2013年11月13日 法制网 责任编辑:郑小琼

温州网讯 11月8日晚8时许，瓯海东风工业区鸿翔路上发生一起惨剧：一名骑自行车的女子被一辆大货车碾压后死亡。事发后，肇事驾驶员面无表情地蹲坐在一边，等待警方到场处理。

令人意外的是，这名肇事驾驶员，竟然是死者的丈夫。

记者调查发现，惨剧背后还隐藏着令人不齿的情感纠纷。

妻子骑车跟梢抓“小三”

11月9日下午1时，记者来到鸿翔路调查。目击者徐先生说，鸿翔路晚上是一个夜市，人流不息。肇事车辆是一辆运送沙石的大货车，但事发当时没有载货。刚开始，大货车在人流中缓慢行驶，那辆自行车先是在车子后头骑行，后来又骑到了车子右侧，最后不知道怎么被卷进了车轮子里，骑车女子的胸部被货车车轮压过，当场死亡。而那名肇事驾驶员停车后，抱着头傻呆呆地蹲在一边，直到警察过来，将他带上警车。

不一会，人群中传出了令人震惊的消息：肇事驾驶员，竟然是死者的丈夫。

惨剧背后，是否另有隐情？据当地一名知情村民说，这对夫妻家住东风村容霞路，男的姓张，女的姓黄，都是四川人。他们的家距离事故现场不过千余米。当天晚上，丈夫驾车带着“新欢”外出，妻子知道后，立即骑着自行车去跟梢，途中不幸命丧车轮下。事发后，丈夫让“新欢”先走，自己留在现场接受警方调查。

至于肇事驾驶员是否属于主观故意？瓯海警方表示，他们正对此案进行调查，不便透露细节。

而据现场目击者猜测，骑车女子是在大货车的侧旁被碾压，不像是肇事驾驶员恶意撞击所致，但也不排除该驾驶员明知妻子在跟梢，故意加速摆脱，以致妻子失去重心摔入了车底。

令人唏嘘的情感纠纷

这对夫妻的家，位于容霞路的一间破旧民房。说起这对夫妻，附近的村民们都很熟悉，丈夫张某今年46岁，妻子黄某比丈夫大3岁，今年49岁。

“这两人是半路夫妻，在这都住了快20年，儿子今年都16岁了。”村民高师傅说，张某长得不错，仪表堂堂，平时替工地里开车运送沙石，黄某是在鞋厂里打工，做鞋包。两人原来关系还不错，今年起就不行了，时常吵吵闹闹。

黄某的弟弟阿良(化名)，今年40岁，他来温州十来年，也住在容霞路。记者找到他时，他正不停地失声哭泣，沉浸在失去亲人的悲痛中。

阿良说，姐姐姐夫在一起20来年，孩子都大了，但一直没领过结婚证，这几年，姐姐再三要求去领结婚证，但姐夫就一直拖着。两夫妻在温州住了20来年，姐姐打工赚的钱，全都交给姐夫，前几年，还帮他买了货车自己当老板。后来，姐夫和前妻的大儿子要结婚，姐夫卖了车子给大儿子盖房子。

去年，姐姐觉得儿子在温州读书不方便，便带儿子去了四川老家读书，在老家待了近一年。这期间，她听说姐夫有了外遇，于是在今年年初，她又回到了温州。回来之后，姐夫也并没有因此收敛，两人因为这层“三角关系”不停争吵，姐姐曾提出让姐夫给3万元补偿费就此了断，但姐夫不肯。之后，两人仍然不停吵闹，没想到最终酿成了惨剧。

丈夫撞死妻子

保险是否免赔？

采访中，阿良不止一次地表示，他希望警方能尽快查清楚案件，给死者一个交代。接下来，他希望拿到一笔赔偿款，让16岁的外甥能在老家买一套房子，“这也是姐姐生前的心愿。”

然而，对于此案的赔偿，似乎并没那么容易。

目前警方正处调查阶段，对于责任认定还没有定论，但在保险条款的责任免除一款中有载明：保险公司对“被保险人及其家庭成员的人身伤亡；本车驾驶员及其家庭成员的人身伤亡……”等情形不负责赔偿。也就是说，丈夫撞死妻子，保险公司会拒赔。

但阿良提出，姐姐姐夫并没有领结婚证，在法律上并不是正式夫妻。

本报读者律师顾问团成员、浙江平宇律师事务所蔡贤弼律师认为，若张某与黄某在1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后开始同居，并育有一子，其虽然具有“事实婚姻”之内容，但实质上属非法同居，若两人在该时间节点之前以夫妻名义共同生活，则应认定为事实婚姻，法律认可其存在夫妻关系。

此外，根据《机动车交通事故责任强制保险条例》第三条规定，本车驾驶员的家庭成员可以成为机动车责任保险的受偿主体。因此，即便张某与黄某存在事实婚姻关系，只要张某不存在主观故意，保险公司在交强险范围内应当予以理赔。但商业险范围内，考虑到保险人与保险公司在签订保险合同时已对免责条款予以约定，除非保险人或被保险人能够证明该免责条款无效，否则保险公司可以拒绝理赔。

福建省福清市人民法院：父亲贩卖亲生儿女 终被判刑 法官不遗余力解救 母子团圆

2013年11月13日 人民法院报 记者 梅贤明 通讯员 施琦

人性泯灭的父亲将一对亲生儿女贩卖，该案移到福建省福清市人民法院判决后，法官不遗余力做好案件后续工作，联合多部门共同解救两名被拐卖的儿童，终于让母亲和子女团圆。日前，福清市法院主动与福清市公安局联系，共同开展解救被拐卖儿童活动，经过刑侦大队民警的努力，在福清市妇联、市关工委、团市委等部门的配合下，被生父贩卖的男童黄俊俊终于回到母亲余某身边。

黄俊俊2006年出生，还有一个小一岁的妹妹黄欣欣。2009年初，其父亲黄某经常找茬殴打其母余某，并把陌生女子带回家，余某无法忍受离家出走。黄某因手头紧张，产生了卖掉子女的邪念，先后将欣欣和俊俊以2万元和6万元的价格卖给福清市龙田镇、港头镇两户人家，且不告诉余某孩子的下落，后来干脆玩起了失踪，余某只得向警方求助。

2011年，福清法院少年庭审理被告人黄某等拐卖儿童一案时，发现了俊俊和欣欣的去向，随后多次前往俊俊和欣欣所在村解救，欣欣被警方解救后及时回到了母亲余某的怀抱。但解救俊俊时却被其养父母及家中老人舍命阻拦，并将孩子藏匿起来，致使警方解救失败。

2012年2月15日，法院以拐卖儿童罪判处被告人黄某有期徒刑十二年，剥夺政治权利一年，并处罚金1万元。

判决虽已生效，但孩子一直未能回到母亲身边。

两年来，余某为与儿子团圆到处奔波，请求法院帮助找回儿子，法院工作人员和公安民警也始终未放弃寻找俊俊的下落。因俊俊的养父母在国外打工，家里70多岁的老太太拒绝配合法官的工作，在多次劝解无果后，法官取得了民警的支持，大家通过分析俊俊的年龄，判断他应该已经上学，随后走访了港头镇多家小学，并对和俊俊年龄相近的2700多名学生进行排查比对，发现一名叫小杰的小学一年级学生与俊俊十分相似。经过进一步调查，今年11月1日，俊俊被顺利解救到公安机关。当天，经DNA比对，确定小杰就是被拐卖的俊俊，民警和法院工作人员随即将俊俊送回到他的亲生母亲余某身边。

结婚证明任一区县都能开 今年已开具近6万件 同比猛增277%

2013年11月07日 北京晚报 左颖

今后，北京户籍居民去婚登部门开婚姻登记记录证明或单身证明时，不必一定得回到户口所在区县了。市民政局昨天出台《北京市出具（无）婚姻登记记录证明工作规范（试行）》，市民可就近选择任一婚登记机关开具婚登记记录证明。

随着经济社会的快速发展，因为房产交易、银行信贷、遗产继承、出国定居等，要求开具婚姻登记记录证明或无婚姻登记记录证明的市民越来越多。“今年这项业务出现了爆发性增长”，市民政局新闻发言人李红兵介绍，去年全市全年出具婚姻登记记录证明21867件，而今年以来已经出具了59017件，同比增长277%。婚姻登记记录证明在婚姻服务工作中的比重迅速增长，给婚姻登记机关带来了很大压力。

根据新出台的规定，一些人户分离的当事人无需回到户口所在地，可就近在北京市任意一个区县婚姻登记机关办理婚姻登记证明。以往，一些户口在本市多次迁移的市民开具婚姻登记记录证明时，因为需要各个区县分段出具，不得不一家家跑，而根据新规定，这种情况只需就近选择任意婚姻登记机关就能一次性办理。

据介绍，一般情况下当事人无需再到档案保管部门查阅婚姻登记档案。但是在当事人提供的登记信息与系统数据不一致时，当事人仍需到档案保管部门查阅原始婚姻登记档案并出具相关证明材料，婚姻登记机关经查证属实后，再为当事人出具证明。

另据记者了解，全国离婚率目前是2.3%，北京的离婚率略低于全国水平，为2.1%。今年前三季度离婚登记数量为39075对，与去年同期的27630对相比，增长了4成左右。

外媒：中国离婚率不断上升 北京离婚率高达39%

2013年11月14日 新华社

【中国离婚率攀升北京高达39%】路透社日前报道，随着中国的离婚率不断上升，今年上海将相亲活动年龄上限从45岁提高到60岁，成千上万名单身中老年人参加了活动。2012年，中国的离婚率增幅第一次超过结婚率的增幅。北京离婚率最高，达39%。在美国约一半的婚姻以离婚告终，英国是42%。

中国离婚率近5年增长近40% 北京增幅超平均值

2013年11月15日 中国网 崔静 俞苑 丁静 姚玉洁

近日，网络上一条据称是外媒报道的消息引发关注，这条消息称“北京目前的离婚率高达39%”。不少网民就此“吐槽”，惊呼“离婚率也面临‘爆表’”！

记者从民政部、北京市民政局了解到，虽然由于统计口径的不同导致统计数据上有很大的差距，但我国多年来离婚率平均以8%以上的幅度增长确是事实。那么，导致我国离婚率攀升的“推手”到底是什么？我国该如何面对“高离婚率时代”下的社会变革？

我国离婚率最近5年增长近40% 同期结婚率也在增长

记者从有关方面了解到，网上盛传的“北京39%的离婚率”并不是我国官方的统计口径，而且其用离婚数与结婚数简单相除得出的这种“离婚率”也并不能完全反映真实情况。目前我国统计离婚率的口径是“粗离婚率”，即离婚人数与全部人口的比率值，2012年我国的这个数字为2.3%，而按照“简单离婚率”的算法，2012年我国总登记结婚人数为1323.6万对，登记离婚人数为310.4万对，“离婚率”在24%左右。

不过，民政部门的不少人士表示，虽然统计口径上有差别，但我国近年来离婚率逐年快速攀升确实是显而易见的。

来自民政部最近5年的统计数据显示：2008年办理离婚手续的有226.9万对，增长8.1%，粗离婚率为1.71%；2009年办理离婚手续的有246.8万对，增长8.8%，粗离婚率为1.85%；2010年办理离婚手续的有267.8万对，增长8.5%，粗离婚率为2.0%；2011年办理离婚手续的有287.4万对，增长7.3%，粗离婚率为2.13%；2012年办理离婚手续的有310.4万对，增长8.0%，粗离婚率为2.3%。2012年与2008年相比，我国的粗离婚率5年间增长了近40%。

而在北京市，离婚人数的增幅超过了全国的平均值，《北京市民政局事业发展统计公报》显示，2012年北京市民政局办理离婚登记3.8万对，比2011年的3.3万对增长了15.9%，是全国增幅平均值的近1倍。

不过，在粗离婚率增加的同时，我国的粗结婚率也在增加，2008年全国办理结婚登记1098.3万对、粗结婚率为8.3%，到2012年这个数字上升为1323.6万对、9.8%，5年间粗结婚率的增幅也达到了近20%。

“桥婚”、争财、第三者、假离婚，四大“推手”推高离婚率

记者在调查中发现,虽然离婚的原因各不相同,但总体上来看,把婚姻当成达成目标手段的低质量的“桥婚”、争夺财产、第三者插足、为了达到规避政策目的的假离婚,是推高我国离婚率的四大“推手”。

一些婚恋专家在接受记者采访时指出,现在部分人群中婚恋观严重扭曲,他们往往把婚姻当成是达成某些目标的“桥梁”,比如出国、户口、工作、住房甚至是解决生活暂时遇到的一些困难等,而不是把婚姻建立在真实的情感相依上,因此这些人的婚姻基础非常脆弱,一旦目标达成或者另有“高枝”出现,也就马上“过河拆桥”,婚姻一般迅速破裂。

部分在法院处理离婚案件的法院人士指出,由于我国部分公民的财富增长较快,近年来涉及财产纠纷的离婚案件也在增多,不少离婚案件往往是由于一方对另一方财产的分配和支配权不满意,或者一方为了更好地保护财产,而导致了诉讼离婚。

此外,长期以来一直是导致夫妻关系破裂的“第三者插足”问题,依旧是导致近年来我国离婚率攀升的代表性“推手”。记者在采访中发现,由于传统观念的约束性越来越弱,更由于一些不良社会风气的影响,社会上不少已婚人群对婚姻的忠诚度越来越低,婚外情现象日趋严重,“小三上位”不断发生,在这种情形下,婚姻也就成为“易碎品”。

另外,据记者观察以及一些民政部门的人士介绍,随着在拆迁补偿、房屋限购、汽车限购等方面钻政策空子的现象越来越多,以前并不多见的“假离婚”现象也在成为近年来离婚率攀升的一个新“推手”。

据一位在基层民政机关工作的人士介绍,现在两个人笑嘻嘻地来离婚的人在增加,其中中老年人占了不小比率,这些人中不少并不是因为感情破裂来离婚,而往往是用离婚来规避一些政策上的限制以获得利益的最大化或者保全自己的利益,“经常会发现个把月前俩人笑呵呵地来办离婚,个把月后俩人又笑呵呵地来办复婚。”

我国该如何面对“高离婚率”时代?

专家指出,无论我们悲喜与否,我们都无法逃避已经进入了“高离婚率时代”这个社会现实。

复旦大学社会学系教授于海认为,高离婚率虽然从一定程度上凸显了个人的自由和隐私权的受保障和保护,但高离婚率的背后蕴含的作为社会细胞的家庭的高不稳定性,以及由此产生的婚恋观、价值观上的非理性变迁,却又值得高度关注和警惕,“现在社会上有些人不以‘情人’、‘包二奶’为耻,反而作为成功的标志来炫耀,这不仅是道德滑坡的问题,而且反映了组织以及文化等社会约束机制的瓦解。”

专家指出,很有必要通过纪律约束、法律规范等手段,加大对婚姻不道德行为人的约束,在社会主义道德体系建设中加强这一环。

此外,在传统婚姻观的瓦解加剧婚姻解体的情势下,我国有必要重新构建新型的婚姻观。如今不要说一线城市,甚至在小县城,人们的婚姻观都在发生变化,也促使着离婚由以往的被动式向主动式转变,现在的夫妻越来越注重自我,而不是为了孩子或生存非要凑合着活下去。

专家建议,新型的婚姻观就是要求在生活中,夫妻双方要尽可能培养共同兴趣、爱好;在事业上,要努力尝试共同参与和帮助;同时,要学会相互宽容、理解对方,提高处理婚姻问题的能力,而不是动辄用离婚来解决问题,“高质量的婚姻不是没有问题的婚姻,而是非常善于处理问题和危机的婚姻。”经常代理离婚诉讼案件的北京市龙佑律师事务所律师李晓杰说,强化婚前的慎重决定和选择也有必要,这种负责任的态度有利于避免离婚的轻率。

此外,一些专家也呼吁,为了减少“假离婚”现象,一些地方政府部门在制定政策之前,要考虑其可能对道德观念和社会结构产生的影响,多一些论证、听证、试点;出台之后留出观察期,一旦出现不良后果及时进行修正。

女子网购万元商品忘孝敬公婆 丈夫不爽提离婚

2013年11月15日 中国江苏网

“双十一”商家促销大战刚刚过去,家住市区黄河上院小区的市民王涛(化名)就和妻子小景(化名)闹上了。原来,11月13日王涛发现小景“双十一”疯狂采购的一万多元商品里,全是妻子自己及娘家人的东西,而对公婆她则一分钱也没有花。一通吵打后,小景跑回了娘家,王涛提出了离婚。

王涛与小景结婚后生活很美满。孩子出生后,小景便经常在网上给孩子买东西,连奶粉辅食都从网上代购。这次的网上促销活动,小景更是不放过。“10号那天夜里,她把闹钟调到凌晨五点,时间一到立刻起来抢购,连孩子都被吵醒了。”王涛说,小景一直不停地在网上抢购,甚至请病假连班都没去上,一直到了11号晚上十点才将电脑关掉。13日下午,下班后的王涛从门卫那拿到了四个包裹,发现全是小景的衣服。回家后,他便打开淘宝交易记录,看看妻子都买了什么,这一看气得他火冒三丈。原来妻子花了一万多元购买的物品全是她自己、孩子、她父母及弟弟的,公公婆婆一样也没有。

“我父母一直帮我们带孩子很辛苦,她这样太不懂事了。”等小景下班后,王涛立刻跟妻子理论起来。小景称自己给父母买东西并没有什么不对,自己也上班赚钱,如果王涛给自己父母买,她并不会阻止他。两人大吵起来,最后还动起了手,小景一气之下丢下孩子跑回了娘家。随后王涛给小景发送短信提出了离婚的要求。

聋哑男子5次登记结婚被拒 因说不出“我想结婚”

2013年11月15日 浙江晚报

一位是听力二级残疾的小伙子，一位是视力一级残疾的姑娘，为了一本结婚证，他们从去年下半年开始跑民政部门，前前后后跑了5趟，直到姑娘都怀孕7个月了，还是没能领证。

而最让姑娘想不通的是，领不到结婚证的原因是因为自己男友残疾，“他们说老公说不了话，无法沟通，不给办”。

30岁的小梅和31岁的小蔡都是残疾人。小梅视力不好，小蔡则是聋哑人。

两人来自瑞安农村，家里条件都不好，因为身有残疾，恋爱、结婚一直是两人的“老大难”问题。好不容易，两人经人介绍认识，很快订了亲、摆了酒席，在农村，这就算完婚了。

可是，小两口有自己的想法，他们觉得还应该去领个结婚证。小梅说：“我现在怀孕7个月了，没结婚证就领不了准生证；以后孩子就没有出生证，户口也没法办。”

从去年起，他们就开始一趟趟往瑞安市民政局婚姻登记处跑，“算上这趟，就是第5趟了，他们说老公无法沟通，不给办。”小梅说小蔡是聋哑人，但并不是完全听不见不能说，但要他明确地表达“我想要领结婚证”，确实不容易。

眼见腹中的胎儿越来越大，小梅心急如焚，前一阵子，他们再次来到婚姻登记处。“我说，有什么问题我来替他回答，但他们一定要他亲口说。他答了第一句，后面怕自己听不清答错了，就没再答。”

民政部门拒绝登记 称手语专家也无法和他沟通

昨天下午，当地媒体的记者陪着小梅小蔡和他们的亲属来到瑞安市民政局婚姻登记处。

婚姻登记处的负责人董海峰告诉他们，上次两人来登记的时候，自己曾经询问过小蔡“你是不是来结婚的”，小蔡点了头，再问小蔡“你是不是来离婚的”，小蔡还是点点头。就因为小蔡不能真实表达自己的意愿，所以根据国家规定，小梅和小蔡不能予以登记结婚。

他进一步解释，根据《婚姻法》的规定，男女双方只要符合法律规定，完全出于自愿，就有结婚的权利，可以建立夫妻关系。任何组织和个人都不能干涉公民的婚姻自由。

董海峰说，没文化的人或残疾人来登记结婚的也不少，但必须能够表达自愿结婚的要求，并且具备完全民事行为能力。他经常碰到有些上了年纪的光棍汉带个智力下的女性过来要求登记结婚，“像那种情况是肯定不行的，因为一方不是具备完全民事行为能力的人。”

为了小梅这个个案，董海峰说他们还特地请过瑞安市残联的一名手语专家过去帮忙，但也无法跟小蔡沟通，“聋哑人都会手语，他不会；对相关要求婚姻登记的问题，他也无法独立作出明确表示。”

现场演示：他写下“结婚”、“喜” 工作人员建议做司法鉴定

家属们要求再走一次程序。董海峰同意了。

首先由小梅问小蔡：“你今天是因为什么事情来这里？”

众人竖起了耳朵，小蔡说：“××××。”

现场鸦雀无声。

小蔡又说了一次：“××××。”

这一次，家属们听懂了，七嘴八舌：“他说‘领结婚证！’”但是，旁人确实听不清楚。

董海峰又递给小蔡一张白纸一支笔，让他写下回答，小蔡望着纸有些下不了手的样子，看起来很难。小梅说，他文化低，写不了。

董海峰转头问小蔡：“你今天来做什么？”小蔡没回答。董海峰再问：“你今天来这里，是被人强迫来的，还是被人骗来的，还是自愿来的？”

董海峰又重复了一次问题。小蔡还是盯着纸，没有回答。

家属们正着急，突然发现小蔡在纸上慢慢写起来。他写的是自己的名字。接着，他又在名字下方一笔一画地写了“结婚”两个字。随后，小蔡又在“结婚”两个字旁边认真地写了一个“喜”字。

但董海峰仍然认为小蔡不具备相关民事行为能力，“至少他要自愿的，如果是为了传宗接代，或其他原因被胁迫，是绝对不行的。”

一旁的工作人员建议家属带小蔡去做司法鉴定，证明小蔡有自主民事行为能力。

家属们说：“没办法，为了领结婚证，要么去做司法鉴定，要么直接去起诉。”难道，他们真要在没领结婚证的情况下生下孩子吗？

上海闸北区法院：男骗六女，骗子太牛？剩女太傻？

闸北法院昨天审判一起诈骗案 旁听者惊叹“女人的钱太好骗”

2013年11月20日 上海法治报 韩文萍

“高富帅”人人都爱，这样的“高富帅”你是不是会尤为动心：身高中偏上，面容白皙，一双滴溜溜的大眼睛仿佛一眼就能看穿你的心事，这些还不是最重要的，重要的是人家还是美籍华人，母亲是“绿地集团董事”，本人开着属于自己的风投公司，每天住着月租金8.8万元的房子，系着价值十几万元一根的皮带，手握20多万元的

手机，出门还要为今天到底开哪部豪车发愁半天……这一切是不是让你觉得完美得不真实？是的，当事情“完美”到一定的程度时，它的真实性就会值得人们怀疑。

昨天，闸北区法院审理了一起通过网络交友等方式，一男连续骗倒六女的案件，本报见习记者旁听了庭审，感觉骗局其实很简单，在这里还得提醒世上的大龄痴心女们，当你们遇到“幸福”猛然间砸中你时，你还得睁大眼睛，小心上当啊。

手段很普通，斩获很丰盛

被告人吴江（化名），1989年出生，他面容白皙，身材颀长，声音清亮，如果穿上校服，你会以为他只是个学生。就是这么个大男孩，在2010年9月至2013年年初不到三年的时间内，通过伪造外籍身份、化名等形式，连续骗倒6名（不含在国外的和未报案的受害者）大龄“剩女”，诈骗金额累计达56.9万余元。

被吴江诈骗的女孩绝大多数都是年纪在25岁以上的所谓大龄女孩，他们以白领居多，有人民教师、银行职员等，受骗经过也非常相似，先是在网络上与吴江结识，然后迅速被其迷倒，最后心甘情愿出资为其临时解困。

2010年9月被吴江骗倒的受害人徐文莲（化名），先是通过世纪佳缘网与吴江结识并建立“恋爱关系”，一个月不到，吴江就以要带被害人到日本游玩为由，骗取对方一部夏普手机和一部索尼相机，价值4194元。这是吴江系列网络交友诈骗案中的第一个受害者。

2010年10月，吴江又通过世纪佳缘网结识了被害人朱明华（化名），一个月不到，他就以身边无现金和银行卡为由，骗取受害人现金11500元。因为得手顺利，一个月后，又以自己轿车车灯被撞，要修理重买为由，再次骗取对方现金10000元和8000元。4个月后，吴江又以自己是外籍人士，没有身份证为由，用朱明华的身份证租借了一辆凯迪拉克轿车，因无证驾驶出事故，吴江弃车逃逸，朱明华为此前后共赔偿了租车公司66768元。这是吴江系列网络交友诈骗案中被骗财次数最多的一个受害者。

其他受害者被骗经过几乎大同小异，每次吴江都能找到看上去“合情合理”且“紧急万分”的理由，让对方不得不马上出资为他垫付钱财，而他在拿到这些钱财后不久就马上遁形。

最可笑的是，吴江被捕的原因并不是骗财骗色，而是因为和所租住房子的物业发生纠纷，当警察将其带到派出所时，他居然继续伪装外籍人士，在警察的一再追问下，他才报出真名，亮出身份证，警察在核实其身份时才得知他已是网络通缉人士，吴江这才落网。

精于包装 善于察色

要说吴江的骗术真的不算高明，那么他是如何骗倒数名女性的呢？这与他的精于包装自己，善于对女性察言观色密不可分。

吴江坦言，在去世纪佳缘网站交友前，他做足了功课。首先就是在自己的博客上放满了各种名车和豪宅的照片，而且这些照片都是实景拍摄，只是这些奢侈品的主人并不是他。为了增加博客的可信度，他还对自己的身份进行了精心包装。因为外语不错，他就伪造身份，说自己是美籍华人，母亲是绿地集团的董事，而自己则开了一家风投公司，吴江虽然只有高中学历，但精于钻研，懂得不少金融知识，他便利用这些知识精心设计了一家风投公司的网站，作为自己的“资产”，很多被害人正是在看了这个网站后才笃定相信吴江确实是金融才俊。

另外，吴江还深谙对女性要先“付出”才能得到的道理，所以他通常是利用从A女性那里诈骗来的钱财带着B女性到高档场所去挥霍，循环反复，通过这些奢侈享受，很多女性不仅相信了吴江对她们的“真爱”，更加对吴江的金融才俊身份深信不疑，于是心甘情愿地为其“临时解困”。

为了使自己看上去更与自己编造的身份相符，吴江在生活细节方面更是一奢到底：他先后通过各种手段，让心仪他的女性为他购买了价值20多万元的手机，价值十多万元的皮带，租住在陆家嘴金融圈的某滨江豪宅月租金更是高达8.8万元，出门也必租豪车……

急于嫁人 人财两空

吴江利用网络在短期内连环作案，对多名女性实施骗财骗色，受骗人数众多，骗取金额巨大，社会影响非常恶劣，引起了极大社会反响。庭审现场，来了很多妇联、媒体和社会各界的女性，大家都非常关注案件的进展。庭审过程中，旁听席上的女性听众不时对案情经过爆出惊叹之声，骗子手段不算高明，受骗人数却如此之多，被骗金额却如此之大，这太值得人深思了！

被告人律师一再强调，被告人吴江并未使用非常恶劣的手段行骗，而且受害人均为成年人，且多是25岁以上的“熟女”，应该具有非常成熟的行为能力和辨别能力，面对如此简单的骗术竟如此轻易地落网，不能说她们也完全没有责任，所以希望法庭能考虑这些因素，适当为被告人减刑。旁听席上的女性也不时发出“怒其不争”的叹息声，当公诉人提到，有好几名被害人居然是在母亲的陪同下去给被告吴江送钱时，大家几乎都要惊叫起来：“天啦，女人的钱真的这么好骗吗？”

是啊，女人的钱为啥就这么好骗呢？“熟女”为啥就如此不成熟呢？这其实与当今社会上对剩女的概念过度炒作有关，很多剩女迫于家庭和压力，急于“速嫁”，过于相信网络婚恋，甚至把全部的结婚希望都押在网恋上，跟网恋情人过于“投入”，所以很容易被骗子乘虚而入。

当然这其中也不乏个别女性爱慕虚荣，所以非常容易地就被吴江营造的“高富帅”身份所迷惑，想钓金龟婿，结果反被金龟婿所钓，哀哉可叹！

鉴于本案案情清晰，被告人吴江对案情供认不讳，法庭当庭作了宣判，判处被告人吴江有期徒刑十年九个月，罚金十万元，退还全部诈骗所得赃款。（本文中的人名均为化名）

河南省许昌市魏都区法院：患者与护士奇结连理 婚后感情受挫告医院索赔

2013年11月20日 上海法治报

今年26岁的小梅（化名）婚姻从开始便不同寻常。同丈夫大军（化名）结婚三年后，因感到婚姻生活并不尽如人意，又将丈夫的原工作单位、她曾就医过的许昌某医院告上法庭，要求某医院赔偿其精神损害抚慰金、医疗费等共计8万多元。近日，河南省许昌市魏都区法院审理了此案。

2007年，小梅因工作压力过大情绪异常，被父母送到许昌市区一家医院精神科进行诊治，医生诊断小梅患有抑郁症需住院治疗。住院没几天，小梅认识了男护士大军，并对大军产生好感。看到小梅对自己有好感，大军也有了非分之想。2007年5月一天夜里，趁值班查房之际，大军与小梅发生了关系。事后小梅家人报案。经司法鉴定，案发时小梅系无民事行为能力。

经过审理，法院作出判处其有期徒刑3年，缓刑3年的判决。大军获得保释后，与小梅举行了婚礼。可婚后，大军很快厌倦，对小梅不再体贴。小梅本来就曾患过抑郁症，看到大军这样对自己，便整日以泪洗面。小梅的父母是既心痛又气愤。他们认为，这都是在医院治疗时认识大军造成的，医院难逃责任。今年2月18日，小梅将医院告上法庭。

魏都区法院审理后认为，身体受到伤害要求赔偿的诉讼时效期间为一年，现已超出一年诉讼时效期间。故原告要求被告赔偿损失的请求，法院不予支持。

女子登记结婚被告知已婚 身份被盗用谁之过？

2013年11月21日 四川新闻网 吴晓

广西柳州市一女子到民政局进行结婚登记时，被告知自己于九年前已经和一台湾男子登记结婚，面对自己莫名“被结婚”的情况，该女子将柳州市民政局告上了法院。11月19日，广西柳州市柳北区人民法院判决被告撤销先前提出的《结婚证》。（中新网柳州11月19日电）

今年3月，柳州市民黄艳红（化名）和未婚夫到柳州市民政局要求结婚登记时，被该局工作人员告知已于2004年10月与台湾籍男子施安（化名）登记结婚。而黄艳红声称自己至今未婚，且根本不认识这位与她登记结婚的男人。为此，黄艳红曾要求民政局撤销其颁发的《结婚证》，民政局拒绝了黄艳红的请求。最终，黄艳红将市民政局告上法院，请求法院撤销民政局颁发的《结婚证》。

在我国登记结婚需要的程序有自备证件、受理审查、填写申请书和颁证四项流程，其中自备证件要求男女双方到一方户口所在地申请结婚必须携带下列证件：1. 男女双方携带符合规定的近期2寸合影照片3张（可现场照）；2. 双方户口本和身份证；3. 户口本和身份证复印件；4. 现役军人带军官证、文职证、士兵证、《婚姻情况证明》。

民政局表示，当时“黄艳红”与施安提供的户口簿、身份证等证明材料齐全且内容一致，根据《婚姻法》相关规定，民政局颁发结婚证的行为是符合法律规定的。并且在受理审查中可以知道登记机关对双方当事人提供的证件进行审查，也只是对当事人的婚姻状况、身体状况、结婚意愿、血亲关系进行询问调查。由此可见，柳州市民政局很冤，依法据规也出了错；而原告黄艳红似乎更冤，莫名背上这“已婚九年”之名。

不可否认民政局有尽到谨慎审查的义务，但也因忽视了照片与签名等重要细节而导致未发现有人利用虚假证件冒用本案原告黄艳红之名义与他人登记结婚，确实存在过失。如果原告黄艳红所提供的身份材料是真实的，那么民政局因《结婚证》上的“黄艳红”的欺骗行为，错误的为其颁发《结婚证》，民政局在本案当中也属受害人。同时，原告黄艳红也存在过失，由于对自己的身份信息管理不善，导致他人故意伪造身份证明，骗取婚姻登记。

官司结束之余，我们不仅要依据判决进行“拨乱反正”，双方还要深刻反思各自的过失，更要追究本案的始作俑者施安和《结婚证》上的“黄艳红”的责任。同时大家也要牢记这个教训，真正做到“各司其职，各尽其责”才能为增强自我保护意识添砖加瓦，将蓄意钻空子防范于未然之中。

国务院：建立不动产登记信息依法公开查询系统； 将行政处罚案件信息纳入社会征信体系不动产登记信息将可查询

2013年11月21日 新京报 马力

据新华社电 国务院总理李克强11月20日主持召开国务院常务会议，通过关于依法公开制售假冒伪劣商品和侵犯知识产权行政处罚案件信息的意见，决定整合不动产登记职责。

假冒侵权案

造假制劣将付高昂代价

会议指出，公平竞争是发展市场经济的基本要求。罚劣是为了奖优，要让恶意造假制劣特别是损害人民群众生命健康的违法者付出高昂代价。

会议要求，要把假冒侵权行政处罚案件信息公开作为政府信息公开的重要内容。除涉及商业秘密和个人隐私外，适用一般程序查办的假冒侵权行政处罚案件信息应当主动公开。行政执法机关要在作出处罚决定或处罚决定变更之日起的规定时间内，依法公开案件信息，包括违法违规的主要事实、处罚种类、依据和结果等，做到公开

透明，并及时回应社会关切。将行政处罚案件信息纳入社会征信体系，使假冒侵权者因信用不良“处处受限”。

不动产登记

减少办证环节群众减负

会议指出，整合不动产登记职责、建立不动产统一登记制度，是国务院机构改革和职能转变方案的重要内容，也是完善社会主义市场经济体制、建设现代市场体系的必然要求，对于保护不动产权利人合法财产权，提高政府治理效率和水平，尤其是方便企业、方便群众，具有重要意义。

会议决定：一是将分散在多个部门的不动产登记职责整合由一个部门承担，减少办证环节，减轻群众负担。

二是建立不动产登记信息管理基础平台，实现不动产审批、交易和登记信息在有关部门间依法依规互通共享，消除“信息孤岛”。

三是推动建立不动产登记信息依法公开查询系统，保证不动产交易安全。

■ 焦点解读

登记 不动产登记由一个部门承担

【会议决定】将分散在多个部门的不动产登记职责整合由一个部门承担，理顺部门职责关系。由国土资源部负责指导监督全国土地、房屋、草原、林地、海域等不动产统一登记职责，基本做到登记机构、登记簿册、登记依据和信息平台“四统一”。行业管理和不动产交易监管等职责继续由相关部门承担。各地在中央统一监督指导下，结合本地实际，将不动产登记职责统一到一个部门。

【解读】十八届三中全会通过的《决定》提出，“建立全社会房产、信用等基础数据统一平台，推进部门信息共享”。

北京大学法学院房地产法研究中心主任楼建波认为，过去我国不动产登记，都是分散在各主管部门来承担。如土地由国土部门承担，房屋由住建部门负责等。实行不动产统一登记，“指定一个部门比较好，就不存在这些部门谁出头、谁不出头的顾虑。”

楼建波认为，从城乡统一的角度上看，最终定由国土部负责比较合适。“国土部比住建部更有基础，因为农村的土地等不动产，国土部门涉及得更多，而住建部则要少一些。”

他表示，可以看出，这次不动产登记制度改革，是统一到土地为基础进行不动产登记，对当前实际而言，是一个比较好的选择。

另有业内人士分析，不动产登记将来落到地方执行时，不一定都由地方国土部门负责，会根据实际来定，有可能带来国土和住建部门的合并，“毕竟，房屋和土地是分不开的，合并由一个部门来统一管理房、地，会更顺畅”。

共享 不动产登记信息互通共享

【会议决定】建立不动产登记信息管理基础平台，实现不动产审批、交易和登记信息在有关部门间依法依规互通共享，消除“信息孤岛”。

【解读】楼建波介绍，目前我国的不动产登记制度，从执行层面看，是以市、县为单位。从领域上看，是由各部门分别登记，虽有很多弊端，但也是管理需要。比如，负责房屋的住建部门可以随时了解房屋的各项信息。

他认为，实行不动产统一登记制度，是承认公示和保护百姓权利。对于原先的各部门来说，过去通过登记来体现的职能，也要实现共享。

“首先，需要跨地区的共享，各个地区的不动产登记信息应该共享，这对于征税、住房保障的认定都是非常需要的。”楼建波说。

“同时，各部门也应该实现共享。”楼建波表示，此次会议明确，不动产统一登记后，行业管理和不动产交易监管仍由原部门负责，这些部门管理和监管本领域的不动产，登记的信息也必须掌握，因此必需实现有效率的信息共享。

查询 建立不动产信息查询系统

【会议决定】推动建立不动产登记信息依法公开查询系统，保证不动产交易安全，保护群众合法权益。

【解读】楼建波介绍，目前我国不动产也提供一定限度的查询，比如住房信息，法律规定，房屋权利人和利害关系人是可以查询房屋相关信息。当然，出于保护隐私，对于其他人的查询有一定限制也属正常。此外，相关部门为了征税、反腐的需要，可以查询住房信息，也是允许的。

楼建波建议，此次提出建立不动产登记信息依法公开查询系统，将来对登记信息的查询应该进行分类。如房屋、土地的自然状况，如坐落位置、面积大小等一般性信息，应该放开查询。而对交易价格和条件，以及一些涉及隐私性的信息，查询仍应有一定限制。

“公开查询不是谁都可以查，什么都可以查。”楼建波认为，相关部门应该会对查询主体、查询信息的本身进行分类、分层，执行可行的细则。公开查询的主体和查询的信息应该依法，不侵犯他人隐私。而会议也明确提出，要保证不动产交易安全，保护群众合法权益。 新京报记者 马力

■ 纵深

统一登记将促住房信息联网

个人住房信息联网，可以说是在不动产信息登记中最受关注的，但又是最“纠结”的一个。

住房信息联网一再推迟

全国个人住房信息联网，始于2010年，是住建部力推的一项工作。根据最初设计，联网后，只要输入相关的身份信息，就能查询到此人在全国各地所拥有房屋的详细情况。

近些年，在房价高涨和“房叔”、“房姐”频出的背景下，住房信息联网成了社会关注的焦点，也被寄予了监控异地炒房、房产税征收，甚至是反腐的希望。

不过，这项工作进度缓慢超出了想象。住建部曾在2011年提出，全国40个重点城市个人住房信息联网是第一步。而根据国务院和住建部提出的要求，2012年6月30日前，应实现40个重点城市的个人住房信息系统与住建部联网。不过，在此大限到来之时，联网却没有消息。

联网实施过程阻力不小

今年2月，权威媒体发布消息称，40个城市的住房信息联网工作实际已经完成，但技术上实现联网后，其中的信息还不完整。该报道称，总体而言，住房信息联网的进度并不理想，联网工作在实施过程中阻力不小。

据知情人士介绍，联网的技术难度不大，但一些地方或部门不愿主动配合联网工作，则是主要的阻力。

北京大学法学院房地产法研究中心主任楼建波则认为，不能忽视联网的技术障碍。“各地的登记信息并不完全一致，有的地区连登记信息的电子化尚未完成。”

楼建波表示，此次明确不动产统一登记后，对于个人住房信息的联网，技术上是可以支持的，比如采用统一软件、统一的登记规范等。“可以说，实行不动产统一登记对于住房信息联网会有促进，但不能说，实行不动产统一登记后，个人住房信息就一定会马上成功联网，毕竟住房信息联网还需要解决很多问题。”

今天是“国际消除对妇女的暴力日”，相关专家呼吁——反家暴领域应尽快引入专门立法

2013年11月25日 中国妇女报 张丽峰 叶海燕 茹希佳

11月25日是“消除对妇女的暴力行为国际日”，1999年联合国大会将每年的11月25日确定为“国际消除对妇女的暴力日”，今年已经是第14个纪念日。近日，各地举办了形式多样的纪念活动。

北京：制止性别暴力，男性在行动

11月24日，“制止性别暴力，男性不再沉默”公共论坛及“中国白丝带志愿者网络”第一届年会在北京召开，标志着中国男性参与反对性别暴力的工作进入了新的阶段。本次论坛及年会是在联合国人口基金驻华代表处的支持下召开的。来自社会各界约200名志愿者出席了论坛。全国妇联、联合国妇女署、开发署、教科文组织以及国际男性参与联盟等多家机构均派代表与会。

联合国人口基金驻华代表何安瑞先生在开幕式上致辞时强调：“没有男性的合作与参与，真正的性别平等便无法实现。鼓励男人和男孩参与预防和终结性别暴力的努力有利于性与生殖健康等健康领域的进步以及和谐社会的发展。”

由“中国白丝带志愿者网络”主办的白丝带公益热线（4000 110 391）在过去一年中免费为性别暴力的相关当事人提供了咨询服务。该网络还计划对施暴者开展面对面的辅导工作。

“中国白丝带志愿者网络”发起人方刚在年会上倡议：“我希望我们所有人，特别是男人和男孩，能够承诺绝不她/他人使用暴力，并且不对暴力行为保持沉默。中国白丝带志愿者网络将继续这一行动，我们也需要来自更多个人和机构的支持和协作。”

深圳：举行两岸四地反家暴论坛

为了共同探讨两岸四地家庭暴力现状、干预及其立法情况，为期两天的2013年两岸四地反家暴论坛11月23日在深圳举行。此次论坛由深圳市妇联、中国社会学会家庭社会学专业委员会、亚洲家庭研究联盟（CIFA）、香港社会工作协会、深圳市狮子会、深圳市鹏星社会工作服务社共同举办。来自美国、港澳台地区和广东、湖北、北京、天津、武汉、南京、上海等省市的反家暴社会组织代表、专家学者、社会工作者共150余人出席论坛。

论坛上，中国妇女发展基金会副秘书长朱锡生介绍了中国妇女发展基金会在保障妇女儿童权益方面工作实践的概况，表达了继续依托妇联以及妇女社会组织的基层网络，发挥基金会优势，全力支持妇女儿童事业发展的愿景。

香港大学社会工作及社会行政学系教授、系主任陈丽云、陈凯欣博士作题为《家暴受害者的心灵重整：心灵充权介入模式》的主题发言，介绍了其开创的“心灵全人健康模式”，指出对家暴受害者的辅导服务，可以从身体、心理、心灵三个层面进行干预和介入，通过对受害者的充权，激发其潜能，继而实现对受害者心灵的重整，帮助受害者更好地应对生活情境的困难和压力。

鹏星社工服务社总干事易松国教授呼吁，反家暴领域应尽快引入专门立法，为家庭暴力受害者提供法律的武器和社会的支持，通过引入社会力量参与反家暴合作，建立妇女儿童庇护中心等方式，为家暴受害者包括实施者提供心理辅导，帮助其进行情感宣泄，构建和谐家园，加强对家暴受害者的保护。

此外，各专家学者就家庭暴力领域的相关问题作了主题发言，在论坛的自由交流环节，参会代表们就家庭暴力热点问题和困境进行了热烈探讨。

南京：推行反家暴告诫书制度

11月23日上午，南京市妇联在新街口工人文化宫广场举办了“消除对妇女暴力日”法律服务进社区活动，“宁姐工作坊”法律服务进社区系列行动也同时启动。

活动现场，法律服务志愿者、心理疏导志愿者为市民提供各类咨询服务，还有精彩的文艺演出和反家暴的有奖竞答活动。24日、25日两天，南京市及各区妇联上下联动，围绕“反对家庭暴力，守护家庭幸福，共建和谐社会”主题，集中开展一系列法律服务活动。

南京市公安局提供的数据显示，近几年南京市每年家暴接警量都在3000起左右，而在妇联接访的家庭纠纷案件当中，75%为婚恋矛盾案件，这当中几乎都涉及家暴。实际家暴的情况更为严重，有调查数据显示，绝大部分受访者平均遭受24.3次家暴后，才向法律或社会求救；10次以下求救者，不足14%。

近年来，南京市妇联坚持通过各种渠道和载体广泛宣传普及相关妇女、青少年、婚姻家庭等方面的法律法规，引导广大妇女和青少年增长法律知识、提高法律素养、提升用法守法能力。

南京市妇联主席宋晓辉介绍，去年以来，南京市公安局、市妇联联合在江宁区东山派出所试点反家庭暴力法律告诫书制度，确立了“预防为主、教育为先、注重调解、持续关注”的原则，搭建了联合会通报制、排查预警制、源头处置机制、重点帮扶机制等。

目前，南京市家庭暴力法律告诫书制度已在全市12个公安分局试点派出所及浦口分局各派出所推行，对家暴行为“零容忍”，效果显著。

武汉推行“反家暴人身保护令” 给受害人全面保障

2013年11月26日 荆楚网 余皓 通讯员徐丹丹 王薇 实习生吴康勇 金宇欣

昨日是“国际反家暴日”，武汉市中级人民法院披露，已向全市各级法院下发《关于开展人身安全保护裁定工作的暂行办法》，规定在离婚案件审理过程中，受害人可向法院申请人身安全保护裁定。法院经审查确认申请人曾遭受家庭暴力或面临家庭暴力威胁的，应及时作出人身安全保护裁定。

该裁定内容包括：禁止被申请人殴打、威胁申请人，禁止被申请人骚扰、跟踪申请人，以及保护申请人人身安全的其他措施，情节严重者可追究施暴者刑事责任。这是武汉加强对离婚纠纷中遭受家庭暴力迫害当事人人身保护的一项新举措。

武汉首张“反家暴人身保护令”

下达给遭受家暴三十年太婆

年过六旬的孟婆婆，忍受丈夫石某30年的家庭暴力后，起诉提出离婚。孟婆婆称，结婚初期夫妻感情尚可，但自1982年生下孩子后，她开始不断遭受石某的家庭暴力：1996年，石某将她打成骨折；2009年，石某将开水倒在她的胳膊上，至今还留有伤疤，一根手指无法伸直；今年5月19日，石某又因琐事抓着她的头往墙上撞，头发被抓掉一大把，身上被打得青一块紫一块。

今年6月4日，经孟婆婆申请，江岸区法院经调查核实，向她下达人身保护令。按此保护令，在起诉离婚期间，禁止石某再对孟婆婆施暴，否则将视情况对其予以罚款、拘留或追究刑事责任。据了解，这是武汉市发出的首张“反家暴人身保护令”。

离婚案中家暴比例逐年攀升

事前预防比事后惩罚更重要

据统计，武汉近年来受理的离婚诉讼案件中，涉及家庭暴力的比例越来越大。仅以江岸、江夏两区法院为例，2011年共受理涉及家庭暴力案件156件，占离婚案件22.77%；2012年共受理涉及家庭暴力案件185件，占离婚案件25.98%；今年截至10月，共受理涉及家庭暴力案件158件，占离婚案件28.06%。

对于家庭暴力，法院以前的做法主要是事后惩罚，即在离婚案件审结时，对该行为予以认定并判令施暴人赔付被施暴人一定款项，在规制家庭暴力行为的事前防范上手段不足。

对此，实务界研究认为，在涉及家庭暴力的婚姻案件中，人民法院有必要对受害人采取保护性措施，包括以裁定形式采取民事强制措施，保护受害人的人身安全，确保诉讼程序的严肃性和公正性。该主张于2008年首次出

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得
现在最高人民法院中国应用法学研究所的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》中，变事后惩罚为事前预防，是司法干预家庭暴力的重大进步。

全市法院铺开司法干预家暴

给受害人以更加全面的保障

武汉市中院相关负责人昨日介绍，虽然人身安全保护裁定对预防和制止家庭暴力意义重大，但以往由于欠缺法律依据而难以实行。今年1月1日实施的新版《民事诉讼法》增设了行为保全制度，为其扫清了制度层面的障碍。

今年初，江汉、江岸、硚口、汉阳、江夏五个区法院，被确定作为反家庭暴力人身安全保护裁定的试点单位，经过大半年的摸索，目前积累了一定的审判经验。在此基础上，武汉中院制定了《关于开展人身安全保护裁定工作的暂行办法》并下发各区法院。

该名负责人称，随着全市法院反家暴人身安全保护裁定工作的全面铺开，将对家庭暴力行为予以更加有力的规制，给予家庭暴力受害人的人身安全以更加全面的保障。

在“调”的基础上，加大“处”的力度

2013年11月26日 中国妇女报 高丽

“认为家暴是‘家务事儿’，一定程度上加剧了对妇女合法权益的侵害。”谈及家暴，11月25日，天津市妇联权益部相关负责人如是说。

据天津市妇联四级信访数据统计，多年来，家庭暴力始终是婚姻家庭纠纷的主要原因，对婚姻和美、家庭和睦、社会和谐造成很大危害，预防和制止家庭暴力行为任重道远。

为预防和制止家庭暴力，进一步提高社会各界对家庭暴力危害性的认识，构建政府领导下的多部门合作反对家庭暴力的格局，特别是提升公安机关对家庭暴力的干预力度，更好地维护妇女的合法权益，11月25日，正值“国际消除家庭暴力日”之际，天津市首批12个家庭暴力警民调处站在天津市公安局津南分局各派出所同步授牌成立。

“根据工作经验，公安机关对家暴接警处境尴尬，处罚力度及尺度很难拿捏。对家庭暴力在‘调’的基础上，加大‘处’的力度，对施暴方形成威慑，是成立警民调处站的初衷。”该负责人说。

天津市妇联与公安机关联合建立家庭暴力警民调处站，并下发《关于建立家庭暴力警民调处站的通知》（以下简称《通知》），规范了警民调处的工作职能和程序，成为天津市多部门合作反对家庭暴力工作的新突破。

根据《通知》，民警接到家庭暴力处警指令后，应迅速赶赴现场，制止家庭暴力行为，做好当事人信息、案件简单经过、伤害程度、家庭暴力历史、现场情况等调查取证，制作当事人的笔录材料。

此外，要及时告知家暴受伤害方有权到伤情鉴定机构进行鉴定；对家庭暴力的施暴一方，情节显著轻微的，应进行批评教育和训诫，告知其应承担的法律责任及相应的后果，对情节严重的，应当依据《中华人民共和国治安管理处罚法》的有关规定，予以治安处罚；情节恶劣构成犯罪的，依法立案侦查，追究其刑事责任。

“调处站的成立使我们由被动出警变为主动。”津南区南环路派出所教导员蔡永振说，“以往接到家庭暴力的警情时，我们会依据相关的法律法规进行处理，但调处站成立之后，我们安排社区民警下社区，主动将每个有家暴史的家庭单独立档，进行重点跟踪回访。”

在家庭暴力处警、处置过程中，《通知》要求基层派出所要在坚决反对家庭暴力的立场上，本着化解矛盾、促进家庭和睦的原则，对双方进行调解，并与各镇街妇联加强工作沟通和协调。妇联组织、基层妇女儿童权益纠纷调解委员会要积极参与协助基层派出所对家庭暴力案件的调处，耐心做好有关当事人的心理安慰和思想疏导工作，力争把家庭暴力问题解决在萌芽状态，防止事态恶化。同时，要利用各种形式，向广大群众宣传家庭暴力的危害及相关法律、法规，营造消除家庭暴力的舆论氛围，增强广大妇女群众的法律意识和自我保护意识。

（甘肃）源头维权 构筑网络式社会维权服务体系 司法保护 个案维权

甘肃：四个层面建家暴“防火墙”

家事法苑™律师团队编辑、奉献

2013年11月26日 中国妇女报 夏燕 袁鹏

“目前，甘肃省妇联正在积极推动甘肃省人大出台‘甘肃省性别平等促进条例’，在这个条例中，反家暴内容将在条例中被明确规定，这将是甘肃省妇联推动源头维权的又一个内容。”

11月25日，甘肃省妇联权益部负责人告诉记者，今年前三季度，全省接访包括家庭暴力在内的帮助诉求热线与上访案例达2521件。甘肃省妇联通过源头维权、构筑网络式社会服务维权体系、司法保护、个案维权四个不同层面、领域，为遭受家庭暴力的妇女建立家暴“防火墙”，充分利用妇联信访渠道和12338妇女维权热线，对遭受家庭暴力的妇女进行一对一帮助，有效维护了受害妇女的权利。

近年来，甘肃在全省法院系统推动建立“妇女维权合议庭”，截至目前，在6个中级法院和83个基层法院设立了妇女儿童维权合议庭。司法部门和妇联建立健全了妇女法律援助工作网络，依托基层司法所组建法律援助工作站，及时为妇女提供高效、便捷的法律援助；妇联组织整合资源，通过依托民政救助管理站、社区、妇女儿童活动中心等建立了10余所妇女反家暴庇护所；省、市、县、乡镇街道、村社区层层建立妇女儿童维权服务中心或维权站点，组建率达到90%。

今年3月，兰州市城关区人民法院发出甘肃省法院系统第一份反家暴人身保护裁定。这份裁定的发出在为受家暴妇女提供司法保护的同时，也向家暴实施者明确发出了法律的声音，体现了法律的尊严与威慑力。

甘肃省妇联还与省公安厅、民政厅联合建立了“甘肃省预防和制止家庭暴力预警处理工作制度”，推动各地公安机关在“110”指挥中心设立了反家庭暴力投诉中心，在基层派出所、社区警务室设立反家庭暴力投诉点，对涉及家庭暴力的报警及时出警，迅速制止，形成制止惩处家庭暴力的保护网络；利用司法部门、律师事务所和基层法律服务的资源，形成法律援助网络；以普法宣传部门和新闻媒体为主体，形成宣传教育网络；发挥各级妇女儿童工作委员会作用，形成行政协调维权网络；发挥妇联信访窗口作用，健全信访维权网络；依托民政救助管理站和其他社会力量，为家庭暴力受害者提供及时救助与庇护，畅通社会救助渠道网络。基本形成了为家庭暴力受害者提供法律援助、伤残鉴定、咨询投诉、心理疏导精神慰藉、贫困救助为一体的网络式社会维权服务体系。

温州推行家庭暴力告诫制度

2013年11月26日 中国妇女报 姚改改

11月25日，浙江省温州市中级人民法院、市人民检察院、市公安局、市司法局、市妇联五部门共同制定出台了《温州市家庭暴力告诫制度实施办法（试行）》（以下简称《实施办法》），为预防和制止家庭暴力再添新利器。

这次推行的家庭暴力告诫制度，完善了家庭暴力警情处置办法。在追究刑事责任之前，增加了重在预防的行政指导做法，即由公安机关对轻微家庭暴力行为，采取书面告诫的方式对当事人进行警告和训诫，这将对进一步加强公安机关和全社会对家庭暴力的有效干预具有很强的示范意义。公安机关对家庭暴力行为出具告诫书，有助于实现由事后的惩治救济到事前的防范救治，既教育震慑了施暴者，又及时支持保护了受害人，对于防止家庭暴力的进一步升级、保护女性的人身安全、改善家庭成员的相互关系、促进社会的和谐稳定具有十分积极的作用。

同时，《实施办法》强化了《家庭暴力法律告诫书》的“证据”效应。加害人经告诫后拒不改正，再次实施家庭暴力且受害人不同意调解的，公安机关应依法从重处理；人民法院依法受理的涉及家庭暴力的民事案件，公安机关作出的家庭暴力告诫书可以作为人民法院认定实施家庭暴力的证据。

温州市规定每年11月25日——国际消除针对妇女暴力日所在的这一周为反家庭暴力周。今年已是温州市妇联开展反家庭暴力周活动的第八个年头。全市各级妇联将就“齐心协力反家暴，同心共筑中国梦”这一主题，上下联动开展各有特色的宣传活动。

世界银行：家庭暴力严重影响 GDP

2013年11月26日 中国妇女报 耿兴敏

11月25日，记者从世界银行驻华代表处获悉，该行集团新研究显示，针对妇女的家庭暴力具有高昂的经济代价和人身代价。世界银行集团性别与发展局局长克鲁格曼在“国际消除针对妇女暴力日”当天发表的一份声明中指出：“家庭暴力不仅仅是对人权的恶劣侵犯，也是对经济的一大消耗。此项研究应有助于动员加大投资力度解决家庭暴力问题。”

为编写世界银行集团关于性别平等挑战的报告，相关研究人员所做的新研究显示，家庭暴力对于一个国家的GDP具有严重的影响。从全球来看，按照对家庭暴力造成的生产力损失的保守估计，在巴西和坦桑尼亚占GDP的1.2%，在智利占GDP的2%。而且这些数字不包括所导致的长期的感情影响和对第二代造成的后果等代价。另据一项研究估计，英国与家庭暴力有关的总成本、包括福利降低等高达GDP的10%。

“政府和国际社会作出系统的反应预防和解决针对妇女的暴力是当务之急，在这条战线取得进展有助于推进减少贫困和促进共享繁荣的努力。”克鲁格曼强调。

上海市嘉定区法院：网购结婚证为私生子“落户” 假夫妻分别领刑5个月缓刑5个月

2013年11月27日 上海法治报 周寒梅 通讯员 张晓莉

为给私生子上户口，“假夫妻”张易、林芳竟从淘宝网上定制伪造的结婚证，并持该伪造证件至派出所为小孩办理入户手续。近日，嘉定区法院经依法审理，认定张易、林芳二人犯伪造、买卖国家机关证件、印章罪，判处

张易拘役五个月，缓刑五个月；林芳拘役五个月，缓刑五个月。

2010年，在一次聚会活动中，经朋友介绍，29岁的单身女林芳结识了大她一岁的已婚男张易。当时林芳并不知道张易已婚，见他成熟稳重，看起来没有什么不良嗜好，第一次会面，两人都觉得情投意合，私下里联系日渐频繁。就这样，大专文凭的林芳竟稀里糊涂地和一个已婚男人坠入了爱河，并很快与他发生了性关系。

林芳和张易的暧昧关系持续2年之久，2012年10月，林芳发现自己怀孕，孩子的父亲正是张易。张易虽已有家室，但对林芳怀孕的消息仍然备感欣喜。并当即向林芳承诺，“为了你，我会和妻子离婚，一定会给你和孩子一个完整的家”。同月，张易与妻子马琪正式离婚，拿着离婚证明的林芳满心欢喜地期待着孩子降临。然而她不知道的是，在同年11月17日，张易却与马琪悄悄复婚了。

为了将林芳安顿好，张易主动与林芳商量起给孩子上户口的事情。张易盘算着，由于非婚生子户口办理手续繁杂，便和林芳商议打算购买一张假结婚证蒙混过关，两人一拍即合。

2013年1月，两人共同联系了一淘宝卖家，提供照片后，卖家便将两张崭新的“结婚证”邮寄过来。证件上照片、印章一应俱全，宛然就和民政局领到的一模一样。拿到“结婚证”的两人心里想，“孩子的户口总算有着落了”。

2013年5月22日，孩子如愿出生。次月，两人便拿着淘宝网上买来的“结婚证”来到嘉定区某派出所，并“顺利”地为孩子办理了入户手续。

不久之后，公安机关在向婚姻登记部门查询情况时发现，张易、林芳二人并无婚姻登记记录，有伪造国家机关证件的嫌疑。眼看谎言已被拆穿，两人主动到公安机关投案自首。最终，张易和林芳为自己的行为承担了法律后果。（以上姓名均为化名）

天津首批家庭暴力警民调处站设立 在“调”的基础上，加大“处”的力度

2013年11月26日 中国妇女报 高丽

“认为家暴是‘家务事儿’，一定程度上加剧了对妇女合法权益的侵害。”谈及家暴，11月25日，天津市妇联权益部相关负责人如是说。

据天津市妇联四级信访数据统计，多年来，家庭暴力始终是婚姻家庭纠纷的主要原因，对婚姻和美、家庭和睦、社会和谐造成很大危害，预防和制止家庭暴力行为任重道远。

为预防和制止家庭暴力，进一步提高社会各界对家庭暴力危害性的认识，构建政府领导下的多部门合作反对家庭暴力的格局，特别是提升公安机关对家庭暴力的干预力度，更好地维护妇女的合法权益，11月25日，正值“国际消除家庭暴力日”之际，天津市首批12个家庭暴力警民调处站在天津市公安局津南分局各派出所同步授牌成立。

“根据工作经验，公安机关对家暴接警处境尴尬，处罚力度及尺度很难拿捏。对家庭暴力在‘调’的基础上，加大‘处’的力度，对施暴方形成威慑，是成立警民调处站的初衷。”该负责人说。

天津市妇联与公安机关联合建立家庭暴力警民调处站，并下发《关于建立家庭暴力警民调处站的通知》（以下简称《通知》），规范了警民调处的工作职能和程序，成为天津市多部门合作反对家庭暴力工作的新突破。

根据《通知》，民警接到家庭暴力处警指令后，应迅速赶赴现场，制止家庭暴力行为，做好当事人信息、案件简单经过、伤害程度、家庭暴力历史、现场情况等调查取证，制作当事人的笔录材料。

此外，要及时告知家暴受伤害方有权到伤情鉴定机构进行鉴定；对家庭暴力的施暴一方，情节显著轻微的，应进行批评教育和训诫，告知其应承担的法律责任及相应的后果，对情节严重的，应当依据《中华人民共和国治安管理处罚法》的有关规定，予以治安处罚；情节恶劣构成犯罪的，依法立案侦查，追究其刑事责任。

“调处站的成立使我们由被动出警变为主动。”津南区南环路派出所教导员蔡永振说，“以往接到家庭暴力的警情时，我们会依据相关的法律法规进行处理，但调处站成立之后，我们安排社区民警下社区，主动将每个有家暴史的家庭单独立档，进行重点跟踪回访。”

在家庭暴力处警、处置过程中，《通知》要求基层派出所要在坚决反对家庭暴力的立场上，本着化解矛盾、促进家庭和睦的原则，对双方进行调解，并与各镇街妇联加强工作沟通和协调。妇联组织、基层妇女儿童权益纠纷调解委员会要积极参与协助基层派出所对家庭暴力案件的调处，耐心做好有关当事人的心理安慰和思想疏导工作，力争把家庭暴力问题解决在萌芽状态，防止事态恶化。同时，要利用各种形式，向广大群众宣传家庭暴力的危害及相关法律、法规，营造消除家庭暴力的舆论氛围，增强广大妇女群众的法律意识和自我保护意识。

九、异域资讯

霍英东忌日子女再争产

2013年10月30日 现代快报

28日是香港企业家霍英东逝世七周年的忌日，同一日，霍家长房三子霍震宇向法庭申请重开霍家争产案，要求撤换霍震寰作为亡父的遗产执行人。香港高等法院从28日开始进行一连五天的聆讯，霍震寰的代表律师表示，霍英东忌日审讯家族争产案是伤心事，而霍震霆则在祭拜父亲时回应，应家和万事兴。

现场

霍家人分批拜祭霍英东

霍英东逝世七周年的忌日，28日上午，霍家人分批前往拜祭，10点半，霍震宇带同儿子前往佛教坟场拜祭霍英东，逗留十分钟后离去，11点半，霍震霆及霍启刚、霍启山也带同兰花及香烛拜祭，但霍震霆并无回应争产官司，被问及是否应该“家和万事兴”，他则回应“是”。

霍英东有三位妻子，长房有三子三女，霍震寰、霍震霆、霍震宇均为“震”字辈，按霍英东的家训，除了“震”字辈的长房打理家业外，二、三房子女均不能从商，在霍英东逝世后，三兄弟各自继承了霍英东的三大事业版图。

内幕

长房第三子指兄长隐瞒财产

而霍家争产风波源自2011年，长房三子霍震宇掀起，控告同是遗产执行人的兄长霍震寰、霍震霆，姐姐霍慕勤及其他家族成员，指霍震寰吞占家族财产，要求撤换遗产执行人，直至去年7月底，各方达成和解协议，但后来霍震宇认为霍震寰隐瞒父亲在南沙项目的权益，要求重开争产案。

争产案排期28日在香港高等法院开审，霍家二房及三房表示，这是霍家长房的争议，不想牵涉在内，只希望遗产执行人可以执行霍家去年签署的和解协议。但反对重审的霍震寰代表律师及代表霍震霆的前律政司司长黄仁龙均认为，审讯会影响二房三房的利益，黄仁龙又说，即使二房三房家属最后可取回属于他们的遗产，官司亦会令他们被无辜牵连。

但霍震宇仍坚持，虽然争产官司在去年达成和解，但兄长兼遗产执行人霍震寰，隐瞒亡父权益，不诚实、不可信，要求重开官司。两名长房女儿亦入禀，要求撤换霍震寰为亡父的遗产执行人，其称，她们已入禀要求罢免霍震寰，案件将于下月28日提讯。

声音

霍震寰律师：对方只向钱看

霍震宇的代表律师希望，法庭根据简易判决，重开案件，但霍震寰通过律师反对，表示在霍英东的忌日审讯家族争产案是伤心的事，要求法庭先听取其终止聆讯的申请。

代表霍震寰的资深大律师张健利表示，霍震宇已经收取2亿9700万(港元，下同)财产，但其间不合作，不执行和解协议，认为对方只向钱看，忘记了父亲还有做慈善的遗愿。

张健利认为，案件既然已达成和解，如果重开是滥用司法程序，而且和解协议是根据律师的法律意见签署，其精神是要避免官司及受到媒体关注，长房的妻子也不希望家族声誉受到不良影响。他指出，霍震寰被指隐瞒的南沙发展权益，并不影响二房三房成员，他们也不想再在公众场合中受到攻击。

但长房次女霍丽萍指3名遗产执行人已经失去互信，无法执行和解协议，霍震宇也透露，二房三房可率先分得1亿元，现在剩下3000万元未领取。

争产案昨天早晨继续在香港高等法院聆讯。霍家长房三兄弟和二、三房14名成员，继续由代表律师出庭聆讯。代表霍震寰的律师指出，去年达成的和解协议涉及多方利益，是大家达成的共识。而二、三房和姐姐希望法官早日颁令终止聆讯。

霍英东百亿遗产争夺战官司重开 前律政司司长将任霍家长子律师

2013年8月7日 南方都市报 康殷

南都讯 记者康殷 发自香港 据《星岛日报》报道，霍英东家族争产案去年和解后，近日再起争议，并由去年卸任的前律政司司长黄仁龙“出山”担任律师，为霍英东长房长子霍震霆辩护，成为黄仁龙重踏私人执业的首宗官司。

去年庭审前和解

案件将于10月28日展开聆讯，这次要求重开争产官司的长房三子霍震宇，认为二哥霍震寰隐瞒亡父在南沙发展项目的四分之一权益，批评二哥不诚实不可信，要求撤销原有的和解协议，据知，南沙项目的四分之一权益涉款逾30亿元(港元，下同)。

享年83岁的霍英东2006年10月病逝，他在1978年5月订立遗嘱，订明在他死后20年不可分家，所有太太及子女都是受益人，并指示遗产执行人每月支付定额生活费给家庭各成员，金额可以酌情调整。

不过，2011年12月长房三子霍震宇直指二哥霍震寰把家族公司股份，银行存款和珠宝首饰“私吞”，于是入禀法院控告与他同是遗产执行人的兄长霍震霆、霍震寰、姐姐霍慕勤及其他家族成员共16人，掀起争产风波。

霍英东300亿元的争产案原定去年7月开审，但通过霍英东生前好友前特首董建华及前律政司司长梁爱诗积极介入调解，经过连日商议后，长房三兄弟终达成和解，各自分得65亿元，并同意分三阶段获得财产，元配及长房三名女儿，以及二房、三房其他成员，在第一阶段则各获分6250万元。

南沙股份引纠纷

但好景不长，争产案再次爆发。去年8月毕马威会计师事务所获委任进行遗产调查，发现其中涉及南沙项目的四分之一权益并没有纳入遗产分配范围。因此霍震宇投诉二哥霍震寰，未有把亡父在南沙发展项目的四分之一权益注入分产范围及加以隐瞒，要求撤销原有的和解协议及重开争产官司。

据霍震宇所指，霍家南沙发展项目五分一权益由番禺发展有限公司持有。该公司有两股，涉及争议的是其中

一股，相等于整个南沙项目的四分之一权益，截至2011年12月估值逾30亿元。如南沙项目归入和解协议中，权益将由长房男女成员平均分配，否则只会由控制主要公司霍家兴业堂的霍震寰及霍震霆所得，霍震宇不会取得任何利益。霍震宇认为二兄霍震寰不诚实及不可信，难以再继续进行和解协议，要求重开争产官司。

美国疯狂大叔因离婚：把 50 万美元换成黄金扔掉

2013年10月27日 09:17 汉网-武汉晚报

为了不让正在和自己闹离婚的妻子分家产，美国一大叔做出疯狂举动，将夫妻二人名下的 50 万美元积蓄全部换成黄金，并一怒之下扔进了垃圾箱里。如今，这批黄金很可能已被埋在垃圾填埋场数万吨重的垃圾山下，引得不少当地人纷纷前往垃圾场寻宝。

大叔闹离婚扔掉全部积蓄

据报道，这名疯狂大叔名叫厄尔·雷·琼斯，现年 52 岁，是美国科罗拉多斯普林斯市一名年薪高达 8.2 万美元的国防承包商，他的妻子爱普丽尔是一名教师，两人结婚已经 25 年。

但脾气暴躁的厄尔长期对妻子拳打脚踢，今年 3 月，在一次家暴中身受重伤后，妻子终于向法院起诉离婚。厄尔无奈从家里搬出，住进了当地一家名为“超值之地”的汽车旅馆。同时，厄尔悄悄将二人名下的所有积蓄——总计 50 万美元全部取出，然后通过凤凰城的“CMI 金银”贵金属交易公司，将这些钱都换购成了大约 22 磅重的实物黄金。

据厄尔交代，起初他一直将黄金全部带在身边。但在他接到妻子的律师函后决定宁愿两败俱伤，也不愿让妻子分得半点好处。他把黄金全扔进了旅馆附近的一个垃圾箱中。厄尔说，他知道这样做是“损人不利己”，但他不后悔，如果他还有机会把那些黄金变成现金的话，他情愿到大街上向所有陌生人派发 100 美元钞票，也不会给妻子半分钱。

黄金或已深埋垃圾山下

在法庭上，厄尔出示了他换购黄金的交易记录，却拿不出他扔掉黄金的任何证据。因为他既找不到目击者，也没有采取任何措施记录这一过程。但他坚称自己这样做了。他说：“千真万确，我就是这么干了。”

据悉，“超值之地”汽车旅馆的垃圾都是由当地一家名为“废物连接”的垃圾公司负责处理的，该公司通常将垃圾倾倒在一家名为“喷泉”的垃圾填埋场。“喷泉”垃圾填埋场的经理肯·曼佐透露，这里每个月都要接收多达 3 万吨重的垃圾，每车垃圾倾倒在填埋场后，都会被压实然后再用土覆盖。如果厄尔的说法属实，那么这些黄金如今很可能就埋藏这个垃圾填埋场数万吨重的垃圾山下。

当地掀起寻宝热潮

离婚大叔扔黄金的奇闻曝光后，立即在当地引发寻宝热潮，许多人试图前往垃圾填埋场寻找那批黄金。但专家指出，从技术上说，“喷泉”垃圾填埋场中的所有垃圾，包括那些黄金，都将成为该垃圾场主人的财产。更何况，由于厄尔非法地扔掉了属于他妻子那部分黄金，因此如果万一这些黄金有幸被找到，那么她仍有权认领她应得的部分黄金。据悉，法庭将于下月对此案作出最终审判。

霍氏版“豪门恩怨”

2013年11月4日 第一财经日报 罗琦

香港从来不缺豪门争产的精彩故事，这一次的主角是霍家。

10月28日，霍英东逝世7周年，他万万没有想到，迎接他祭日的竟是一场家族遗产争夺案的开审。

霍家长房老三霍震宇因不满二哥霍震寰隐瞒亡父在南沙发展项目中 25% 的权益，认为霍震寰不诚实、不可信，要求撤销去年 8 月订立的和解协议，并撤换霍震寰为亡父的遗产执行人。

而霍震寰则反对案件重开，代表霍震寰的资深大律师张健利表示，母亲吕燕妮（霍英东正室）早前已表明不想在法庭上演争产案，担忧影响霍家声誉。张健利还指出，霍震宇已收取 2.97 亿港元的财产，但其间不合作，不执行和解协议，为了金钱而忘记了父亲还有做慈善的遗愿。

目前香港高等法院法官正听取双方陈词，如果法官批准霍震宇上诉申请，将会立即展开争产诉讼，该审讯原定持续 5 日，但今日将继续进行审讯。法官上周五还表示，可能于今日宣布最终结果。

爆出巨额财产

霍英东早在 1978 年 5 月就已订立遗嘱，指定由胞妹霍慕勤夫妇，长房二子霍震寰、三子霍震宇为遗嘱执行人及受托人，对各房遗产分配已有安排，在他逝世后 20 年内，不得分配剩余遗产，三房太太和 13 个子女都是受益人，各房可按月支取生活费，金额可以酌情调整。

天下熙熙，皆为利来。霍家的遗产纠纷，持续数年。霍英东看似妥帖的遗嘱未能阻止家族后人逐利争产。

这单争产案原定于去年 7 月底审理，但当时长房兄弟几人最终达成和解，直至毕马威会计师事务所获委任进行遗产调查时，才发现此次极具争议的南沙项目权益。该项目位于广东番禺，代表霍震宇的资深大律师潘松辉称，这一项目估值超过 300 亿港元。

潘松辉今年4月曾在法庭称，霍英东生前持有51%南沙项目，1997年6月11日，霍英东四父子通过决议，通过家族霍兴业堂置业有限公司旗下的有荣有限公司将其中一半股权转到霍英东基金有限公司，代价仅为1港元，最终由霍英东基金持有南沙25.5%的权益。

同日，霍震寰代表霍英东基金签署文件，指有荣可在2007年6月底前以1港元回购其一半股份。潘松辉表示，霍震宇对此并不知情，而这部分受争议的南沙项目，也没有出现在去年8月的和解协议中，违反了分家产和解协议中规定“必须披露所有事情”的原则。

张健利则对此反驳称，霍英东基金董事会在2011年11月便讨论过回购决定，霍震宇对此绝对知情，他曾翻看会议记录，但他自己对此不关心，不能因此指控霍震寰有所隐瞒。

随着庭审的持续深入，庭上猛料不断爆出，潘松辉表示，霍氏龙头公司霍兴业堂的持有资产价值约为670亿港元，而2008年福布斯对霍家资产评估时，称其资产只有350亿港元。

霍震宇上周五更现身高等法院，不过其间他只是在庭上闭目养神，拒绝回应此次是否会和解。

董建华或介入和解

霍家争产案在去年8月达成和解，和解内容包括将霍英东约300亿港元的遗产，先扣留100亿港元留给二房和三房成员，作为每月生活“零花钱”发放给他们，而余下的200亿港元家产则平分给长房三兄弟，估计每人最终各获得超过65亿港元的遗产。

而在上周四的法庭上，潘松辉突然语出惊人，指去年曾有一名“非常、非常、非常”高端的长辈三度与霍震宇私下见面，劝他应给予胞兄霍震寰多一些信任，最后该名长辈更约见霍家长房、二房、三房的家庭成员开会，促成霍家成员最终在去年8月达成和解。

潘松辉在庭上提及此长辈时突然提高声调，故弄玄虚称其不能透露该名长辈姓名，但突然顺口大声说出这名长辈姓“董”，惹得在场所有律师哄堂大笑，而休庭间，《第一财经日报》记者听闻，这名姓“董”的长辈疑为香港特别行政区前行政长官董建华，董建华为霍英东生前好友，在长房三兄弟间也德高望重。而有法律界人士向本报记者表示，如果此次案件想要有更大的突破性进展，恐怕还需要类似的“高端”人士出马。

根据遗嘱，霍震寰所得遗产及生活费最多，分别为5.73亿港元及每月10万港元，而长子霍震霆及霍震宇所得遗产及生活费相仿，遗产不到3亿港元，生活费每月5万港元，这些数额已反映当年物价水平，并且会随着通胀而改变。

为避免过多利益冲突，霍英东对长房三子有不同的要求，长子霍震霆主要继承体育事业，是家族的形象代言人；霍震寰接手家族生意，任职霍英东集团董事兼总经理；霍震宇则负责内地南沙开发计划。同时，霍英东在遗嘱中还禁止其他各房子女从商，他们后来主要成为律师、医生等专业人士。

除长房三子外，霍丽娜与霍丽萍都是长房成员之一，两人可分得约1.45亿港元，生活费每月1万港元，她们此次选择站在三弟震宇的战线，代表霍丽娜的资深大律师陈静芬表示，三名遗产执行人霍震寰、霍震宇及霍慕勤属于一个整体，任何决定需要三人同意，但三人已经无法合作，继续履行和解协议非常不切实际。

而根据1978年订立的遗嘱，二房太太及其三个儿子、三房的四个儿子可每人获得6250万港元，另加生活费，而去年订立的和解协议表明，数额较遗嘱更多，霍震寰承诺会扣留100亿港元留给二、三房成员，作为每月“零花钱”发放给他们，而当时已预先支付了一部分。

一旦霍震宇上诉成功，法庭撤销和解协议，意味着二、三房成员需要归还部分遗产。代表二、三房家族成员的资深大律师何沛谦表示，二、三房已经将收到的遗产全部花在各种用途，如果法庭撤销和解协议，将很不公平。

豪华律师团队

此次争产案件由8家香港知名律师楼负责，场面相当浩大，霍家成员除霍震宇上周五到场外，其他成员均未到高等法院，而光在现场的律师队伍已经接近20人，实际上，代表霍家17名成员的律师团队，共有48名大律师及律师。

案件法官由潘兆初担任，该名法官曾经参与已故华懋集团主席龚如心遗产争夺案，在今年2月的庭审中，潘兆初严厉批评当时尚未入监的陈振聪缺乏商业道德，并维持冻结其资产，显示其为人正直。而本报记者在法庭上观察发现，潘兆初相当严谨，在潘松辉表达意思时，会重述其理解意思，同时潘兆初也不失风度，潘松辉时不时提及一些“无关”话语，潘兆初也会提醒辩控双方。

霍震霆委任香港律政司前司长黄仁龙担任代理律师，尽管黄仁龙是首次在颇受瞩目的案件中登场，但他担任律政司司长时，是香港有史以来担任同职位最年轻的一位，在香港声望极高。

张健利1970年便获得香港大律师资格，1981年获得香港资深大律师资格，几乎是行内最有资历的律师之一。他主要从事民事诉讼，擅长产权法等。

霍震宇也不甘示弱，聘请的是香港资深大律师潘松辉。潘松辉毕业于英国剑桥大学，1976年在香港获得大律师资格，1996年被委任为资深大律师，熟悉公司法，2009年曾受香港证监会委托，参与电讯盈科(00008.HK)私有化案，最终全胜收场。

德国婴儿可“未确定性别”

2013年11月02日 中国新闻网

中新网11月2日电 据新加坡《联合早报》报道，德国将成为首个允许在婴儿出生证填写第三性别的欧洲国家。对于同时具有男女性别体征的婴儿，其父母可在他们出生证的性别栏目上填写“未确定性别”。

据报道，这是为了减缓此类婴儿父母面临的压力。他们通常须要立刻做出对婴儿进行手术的决定，以选择在出生证性别一栏为婴儿填写“男”或“女”。

据了解，每2000名新生儿中就有一名同时具备男女性别体征，他们具备男女性别的混合染色体，甚至同时拥有男女两性器官，因此被称为“双性人”。

有时候，这类婴儿会通过性别选择手术成为“男性”或“女性”。

报道称，这是德国政府对以往的类似案例进行审议后做出的决定。这些案例揭示了当事人所遭遇的巨大不幸。

其中一起案例的当事人多年前就被迫动了性别选择手术。他说：“我既不是男人，也不是女人，而是在医生的手术刀下被拼凑出来的，肉体和精神伤痕累累”。

目前，德国人都必须在护照的性别栏目上填写“男性”(M)或“女性”(F)。该国内政部说，新法律出台后，这一栏目将出现为“双性人”设置的第三选择“X”。

至于新法律会对德国的婚姻法及性伴侣法产生怎样的影响，目前还不清楚。德国现行的婚姻法规定，婚姻必须是一名男子和一名女子的结合；民事伴侣法则规定，双方可以是同性。

默多克离婚给房不给钱？可能与邓文迪和平分手，后者有望获得位于纽约及北京房产

2013年11月21日 新京报 百千

今年6月，坐拥上百亿资产的媒体大亨默多克申请与他的华裔妻子邓文迪离婚，使得这宗离婚案立即被期待为又一宗“天价离婚案”。5个月后，据英美媒体报道，82岁的默多克与44岁的邓文迪可能将和平分手。由于签有婚前和婚后协议，邓文迪可能只获得几处房产。

纽约公寓值4400万

据报道，两人预计将于当地时间周三在纽约一家法院出庭。《纽约时报》援引接近默多克的消息人士的话称，两人可能达成和平分手的协议。不过，也有最后时刻谈崩的可能。

由于默多克和邓文迪签有涉及财产的婚前协议和婚后协议，预计邓文迪将很难获得默多克的巨额财产。最可能的财产分割对象是默多克拥有的多处豪宅。

据报道，因为邓文迪与默多克还有两个女儿需要抚养，因此邓可能将获得位于纽约、价值4400万美元的公寓，以及在北京故宫附近的一套四合院。

默多克1998年迎娶邓文迪，新婚时默多克与他的第二任妻子安娜刚离婚十几天。那次离婚，默多克支付了安娜17亿美元，创造了史上最昂贵离婚纪录。

为何离婚至今仍是谜

默邓二人为何离婚至今仍是未解之谜，不少接近默多克夫妇圈子的人都深感意外。

尽管邓文迪嫁入“默门”，但她可能并不拥有默多克传媒帝国的股权，她的两个女儿虽有一个家族基金的收益权，却没有投票权。据称，邓文迪对此一直不满。媒体获得的法庭文件显示，“两人的关系在过去半年已经无可挽回地破裂”。

对于媒体的报道，默多克和邓文迪各自的律师都未立即予以回应。

默多克邓文迪达成离婚协议邓或获得北京、纽约房产

2013年11月21日 国际在线(北京) 邓黎

原标题：默多克、邓文迪就离婚细节达成协议

国际在线报道（记者 邓黎）：传媒大亨默多克与妻子邓文迪20日向纽约高等法院递交了协议离婚的文件，这表明双方已经就包括财产分配在内的离婚细节达成一致，而不会为争夺财产或其他问题闹上法庭。

邓文迪将在离婚后获得多少财产？这恰恰是没有人能够回答的问题。不过从西方媒体的报道来看，有两点是比较肯定的：第一是邓文迪获得了在纽约第五大道的一套价值4400万美元的公寓住宅。这是默多克和邓文迪在2004年购入的房产，是一套共3层的顶层复式公寓。在买下这套公寓后，默多克和邓文迪又花费了数百万美元进行改造和装修。邓文迪还获得了他们在北京的房产。

第二是根据婚前协议，邓文迪在默多克家族企业中没有股份；邓文迪和默多克的两个未成年的女儿在默多克的家族信托基金中拥有与默多克的另外4个成年子女相当的股份，但是她们不拥有投票权，而默多克的另外4个成年子女则拥有投票权。这个家族信托基金，是默多克家族掌管其旗下企业的工具。这意味着，邓文迪和她的女儿在默多克家族企业中将不会有发言权。

根据《福布斯》杂志的最新数据，默多克及其家族的财富高达134亿美元。因此上述房产和股份只是默多克财富的九牛一毛。当然，这只是离婚协议的一部分内容，目前也无法知道在财产分配上是否还有其他安排。

西方媒体报道说，默多克和邓文迪向法院递交离婚协议只用了不到 10 分钟。他们分别向法官表示，决定协议离婚，也已经就离婚细节达成一致。因此可以确定的是两人不会为财产或子女问题对簿公堂。走出法院时，默多克面带微笑，而邓文迪则神情严肃。

此前有媒体报道说，默多克对自己的律师表示要“平静而迅速地”解决他的第三段婚姻。默多克是在今年 6 月突然宣布要与邓文迪离婚的；在短短 5 个月里就与邓文迪就财产问题达成妥协，因此说默多克是“有备而来”可能确实不为过。下一步，纽约高等法院将等待默多克和邓文迪双方提交各项文件，一旦文件齐全，法院就可以给他们办理离婚文件，届时邓文迪也就将不再是“默多克太太”了。当然，正如本地媒体所说，那只是“纸头工作”，离婚大局已定，正式完成手续只是时间问题了。

说到这两人离婚的原因，早在默多克在 6 月份提出离婚之际，不少中文媒体就曾做过专题分析，有说默多克是为了安排新闻集团分拆后的财产，所以和邓文迪“假离婚”的；有说邓文迪脾气暴躁导致默多克无法忍受的；有说默多克另结新欢的；甚至还有猜测邓文迪与默多克的母亲不和的……不一而足。但是两位当事人对离婚的原因均不置一辞，因此，上面种种，毕竟也都是局外人的猜测罢了。

在这两天报道默多克和邓文迪离婚协议的西方媒体中，大多数都不约而同地提到了这样一件事：2011 年，默多克因为新闻集团旗下媒体搞窃听，而在英国议会下院接受质询。期间，一名抗议者对默多克发起突袭。当时坐在后排座位的邓文迪挺身而出，对抗议者大打出手。可以看得出来，多数西方记者在提到这个细节的时候，对邓文迪当时的举动颇有赞赏之意。而中文媒体则很少提到这一事件。

说起来，中国老百姓对默多克和邓文迪离婚事件的关注度，恐怕不亚于西方人。不过对西方人来说，这已经是默多克第三次离婚了；而对中国人来说，这是邓文迪这位华裔女性与传媒大亨的 14 年婚姻历程。遥记当年有人感叹“生女当如邓文迪”，14 年后，相信街头巷尾的议论依然热烈。而对两位当事人来说，人生已经进入一个新的阶段，过去种种是非，又何足与外人道哉？

邓文迪离婚风波未平 再度扯上布莱尔

2013 年 11 月 25 日 新京报 庄北宁

默多克盟友称“惊闻”邓文迪与布莱尔在默多克不知情情况下多次私会；布莱尔密友认为默多克“栽赃”

■ “10 分钟了断 14 年婚姻 邓文迪吻别默多克”追踪

新闻集团老板鲁珀特·默多克与第三任妻子邓文迪本月正式离婚，而在关于离婚原因的热议中，英国前首相托尼·布莱尔与邓文迪的私人关系再次成为热门话题。默多克与布莱尔双方朋友圈近日的唇枪舌剑却已证明，两人之间的友谊已经灰飞烟灭。

“邓布”两人牧场私会？

自从默多克今年 6 月向法院提出离婚申请之后，英国广播公司记者罗伯特·佩斯顿在微博客网站“推特”上的一段留言，引爆互联网对于两人离婚内情的热议。佩斯顿当时的留言是：“我被告知的没有披露的默多克与邓文迪离婚原因真是惊掉下巴，真是恨我自己为什么想要知道这些。”

随后，英国《每日邮报》援引一些接近默多克的人的说法报道，默多克位于美国加利福尼亚州一座牧场的员工声称，布莱尔与邓文迪在默多克不知情的情况下，分别于 2012 年 10 月和今年 4 月的相同时间段在该处度过周末，此外两人还有“多次私会”，地点包括在洛杉矶的房产、伦敦的豪华公寓和纽约住所。

这座牧场位于加州卡梅尔瓦利，默多克与第二任妻子安娜购于上世纪 90 年代。两人的孩子伊丽莎白、拉克伦和詹姆斯经常在这里度过夏季假日。

就这座牧场，默多克 2006 年曾说：“我来这里，是因为我的家庭，我爱它……我把牧场当作一处修养场所，招待（新闻集团）管理层和高级团队成员。人们会在家中招待你所赏识的人。”

按照牧场员工说法，邓文迪与布莱尔私会时，她与默多克的女儿格雷丝和克洛艾均不在场。默多克与邓文迪 1999 年结婚，并于 2001 年和 2003 年生下格雷丝和克洛艾。

流言一经传出，布莱尔的一名发言人随即否认布莱尔与邓文迪有私情。

布莱尔称两人“纯友谊”

英国《每日邮报》特地说明，该报并非暗示布莱尔或邓文迪有任何不当行为。布莱尔的朋友一直否认布莱尔与邓文迪有私情，布莱尔宣称，他和邓文迪之间是“纯友谊”。

现年 82 岁的默多克与 44 岁的邓文迪 20 日在纽约法院正式离婚。布莱尔与默多克双方朋友 22 日晚再次掀起激烈的口水仗。

一名布莱尔的密友说：“鲁珀特·默多克正在把一些荒谬的故事扣在（邓）文迪和托尼（布莱尔）的身上，这些都不是事实。这是一个可悲老男人的胡言乱语。”

一名靠近默多克的消息人士称：“鲁珀特谨慎、小心，没有轻率行事。如果你认为鲁珀特在没有正当理由的情况下就会结束他的婚姻和一段长期友谊，那么你就大错特错。”

就邓、布私会的说法，布莱尔的朋友坚决为他辩护，称布莱尔与邓文迪“完全清白、光明正大”。其中一人说：“他们从没单独相会，总有其他人在场。”

默多克的一个盟友则称，“惊闻”邓文迪与布莱尔在默多克不知情的情况下私会，而且不止一次，特别是布莱尔可以在默多克不知情的情况下到他家。

另一名消息人士称，默多克曾就私会传闻向邓文迪寻求解释，邓的回答不明。“在鲁珀特看来，她没有对他完全敞开心扉，这让他无法接受。”他说。

庄北宁（新华社专稿）

■ 相关新闻

新闻集团曾力挺布莱尔

默多克朋友称其不会再与布莱尔做事

作为新闻集团掌舵人，默多克与英国历任首相一贯交好，与布莱尔的关系更上一层楼。在新闻集团旗下媒体大力支持下，布莱尔与默多克组建了英国政坛史上最为强大的政治联盟之一。布莱尔能够率领工党连续3次赢得大选、掌舵唐宁街10号10年、成为工党史上在任最长的英国首相，与默多克的支持不无关系。

即便布莱尔离任后，他还于2010年成为默多克与邓文迪大女儿格雷丝的教父，双方的关系升至顶峰。

早在离婚案开启之前，邓文迪与布莱尔关系好就不是秘密。英国《卫报》2012年的一篇文章曾以《托尼·布莱尔和默多克家族：一项家庭事业》为标题。

默多克的传记作者迈克尔·沃尔夫写道：“作为默多克的社交使者和社交权力操纵者，布莱尔成为邓文迪最初的官场社交成果之一。文迪则被布莱尔视为自己控制默多克的途径，与文迪一起对付默多克。”

随着默多克、邓文迪的婚姻破裂，布莱尔与默多克的友谊也宣告终结。按照默多克身边人的说法，从默多克6月起诉离婚开始，默多克把他与布莱尔的裂痕程度视为“终结”，甚至不愿与对方说话。布莱尔数次试图联系默多克遭到拒绝。

而默多克一名朋友说：“鲁珀特·默多克将不会再与托尼·布莱尔做任何事。永远不。”

韩国兴起“黄昏离” 要离婚的近八成是女性

2013年11月26日 中国妇女报

近年来，韩国刮起一股“黄昏离”之风，老年人离婚队伍逐年扩大。出人意料的是，提出离婚的绝大多数是女性。

离婚率比年轻人高

据《广州日报》报道，韩国大法院日前刊登在《司法年刊》上的一项有关老年人离婚的调查显示，2012年，韩国结婚20年以上的中老年离婚率高达26.4%，首次超过结婚不满4年的年轻一代离婚率（24.6%）；结婚30年以上的离婚案有8600余起，同比增加8.8个百分点。

从事社会问题研究的专家韩载英（音）指出，导致韩国老年离婚热的原因很多，首先是因为思想观念的转变。

韩国深受传统思想影响，在其家庭观念中，离婚是一件很不光彩的事。但自上世纪50年代以来，来自西方的文化和家庭观不断冲击韩国固有的观念。越来越多的韩国老人意识到，他们有权追求属于自己的幸福，哪怕已错过最美好的黄金时光，但剩下的岁月也要过得精彩。

“喝酒、赌博，不高兴了就对我和孩子吼，有时还动手，想想过去的日子就害怕。”55岁刚办完离婚手续的金顺子说，“忍了这么多年，现在孩子们都成家了，我想是时候给自己规划规划了。”

经济上受法律保护

离婚后在经济上受法律保护，是越来越多女性敢于提出离婚的另一重要因素。

近年来，为保护妇女权益，韩国政府着手对法律进行修正，规定“即使是专职家庭妇女，如果离婚责任在丈夫身上，离婚时也能获得家里一半财产”。

勇敢追求爱情

从事韩国文化宣传和推广、在韩国生活了近20年的王桂女士告诉记者，日益丰富的晚年生活扩大了老人的社交圈，在彼此的沟通交流中，他们碰撞出爱的火花。这在一定程度上也助长了“黄昏离”的升温。

另一方面，多数成年子女对父母的离婚决定表示理解和尊重。

据韩国家庭法律服务中心的工作人员介绍，老年人离婚案件中近80%的“发起人”为女性。

通常情况下，韩国家庭中的女方拥有较强的生活自理能力，洗衣、做饭等家务活都是信手拈来。而习惯于妻子照顾的丈夫常常是衣来伸手、饭来张口。年轻时丈夫是家庭的经济支柱，但在进入老年后，对妻子的依赖性更高。

美华裔异国同性配偶获绿卡 律师称婚姻真实是关键

2013年11月27日 中新网 刘大琪

中新网11月26日电据美国《世界日报》报道，美国联邦最高法院6月裁定“捍卫婚姻法”(DOMA)失效，同性婚姻有权享受联邦福利，同性配偶的移民申请也就正式拉开帷幕。

截止到目前，很多美国境内的同性配偶、甚至跨国同性配偶已经通过婚姻结合取得绿卡，但华裔移民律师 24 日反映，这其中的亚裔同性配偶并不多见、未成规模，同时也强调同性婚姻和异性婚姻一样，想要通过结婚取得绿卡的关键依然在于证明婚姻的真实性。

根据“每日新闻”报导，自 6 月以来，纽约市同性配偶获得绿卡的人不少。皇后区杰克森高地的华裔同性恋者伍史蒂文(Steven Eng，音译)和他的加拿大配偶 Neal Stone，15 日就收到了邮寄到家的绿卡。

伍史蒂文本人是美国公民，现年 42 岁，在纽约大学担任声音和演讲教授。而 Stone 则是加拿大人，现年 41 岁，靠工作签证在美国做都市设计师。在过去 12 年里想尽办法把爱人同志留在身边的伍史蒂文，为终于帮 Stone 拿到绿卡感到万分欣慰，Stone 也再不会因身份问题而不断往返于美加之间，两人有了更多空间可以凭着各自的兴趣爱好做事。

移民律师刘汝华表示，最高法院的判决从民权上讲是件好事，同性配偶真心结合、并在法律上得到承认，它的影响面其实非常广，涉及到日后的报税、退休金、遗产遗嘱等诸多问题。但刘汝华也说，虽然很多人陆陆续续拿到绿卡，但他并未接到任何亚裔同性配偶的案例。这其中的原因很多，可能亚裔不好意思主动咨询、或者不愿意找同族裔的律师咨询、或者求助了同性恋组织提供的律师等，不代表亚裔同性恋者的数量少。

律师蔡鸿章说，法律刚刚实施不到半年，还没有相当数量的案例可以用来分析规画，可能一段时间的积累之后同性恋申请亲属移民的部分才会比较成熟。但不管怎样，同性配偶结婚和任何婚姻案例一样，不管是申请人、还是受益人，最有挑战的地方就是要向移民局提供共同生活的证据。

律师邹贤峰强调，从移民角度来讲，最关键的问题是婚姻关系的真实性，移民局针对传统的异性婚姻关系都已经采用了非常严格的审查标准，技术操作上同性配偶可能更难证明真正的夫妻关系，这里面包括有没有共同财产，比如房子、人寿保险、银行账号、信用卡，生活上有没有对外宣布名分、朋友知不知道、有没有举办婚礼，甚至细节上对方最爱看的电视频道、每天几点去上班、昨天晚饭吃了什么等，都必须达到完美才能够过移民局这一关。

当前社会对同性恋还存在一定的偏见，怎样证明真正的夫妻关系就更具挑战。最理想的是双方共同收养孩子，另外要有共同财产，移民局还会比较两人的教育水平、生活背景等因素，看他们同性恋的可能性有多高，若是一方偷渡来美、没有身份、迫切需要留下来，那移民局就会对此特别留意。

罗诉韦德案，一项延续 30 多年有关妇女意志的重大议题——选择权与生命权的一场大较量

2013 年 11 月 27 日 上海法治网

1973 年，最高法院赋予堕胎行为合法性这一具有里程碑意义的裁决激起了前所未有的反响。在美国，天主教徒和新教原教育旨主义者认为，堕胎就是谋杀。然而，其他许多人相信，剥夺一名妇女自己决定是否要生小孩的自由是不符合宪法的。1973 年的裁决在支持者和反对者两大阵营之间引发了一场争论。

诺玛·麦科威以身试法

1969 年，德克萨斯州的诺玛·麦科威的婚姻走到了尽头，她的父母帮她抚养她 5 岁大的女儿。这年夏天，21 岁的麦科威在一个流动游艺团当售票员。到了秋天，她失掉了工作并怀了孕。她想堕胎，但在她所居住的德克萨斯州，除非是在孕妇生命垂危的情况下，否则堕胎就是非法的。她找不到一个愿意为她进行非法堕胎的人。

然而，麦科威却遇到了两名年轻的女权主义者——琳达·考菲和萨拉·韦丁顿。她们鼓励她向德克萨斯州反堕胎法发起攻击。

她们决定控告德克萨斯州反堕胎法违反了宪法第十四和第九修正案。第十四修正案保证向全体公民提供同等法律保护，它还要求法律的规定应当明确。被指控进行非法堕胎的医生们通常在他们的辩护中援引合法诉讼程序条款，他们声称堕胎法并未足够明确地规定何时孕妇的生命会受到威胁从而有必要实施堕胎。但是，考菲和韦丁顿根据“妇女有自己决定是否堕胎的权利”这一主要原则而得到法庭的裁决。因此，她们求助于第九修正案。它宣称：“本宪法赋予的某些权利，不得被解释为否定或轻视公民保留的其他权利。”

在 1965 年以前，这一修正案意味着任何未被明确授予联邦政府的权利都属于各州。然而到 1965 年，最高法院的大法官道格拉斯说，宪法中未列出的权利属于个人，其中一项便是隐私权。考菲和韦丁顿就此论证说，隐私权应该保障一名妇女自己决定是否作母亲的权利。

初审法院倾向原告

1970 年 5 月 23 日，在德克萨斯州达拉斯的联邦法院，考菲和韦丁顿与辩方律师一起出现在一个三人法官小组面前。诺玛·麦科威——她在本案中化名“简·罗”——未被要求到庭。当时韦德是达拉斯县的检察官，所以这个案子被称为罗诉韦德案。

考菲和韦丁顿已将她们这一起诉讼案变成了一宗“共同起诉案”。麦科威的这个举动并非只为了她自己的权益，而且也是为了所有怀孕妇女的权益。代表德克萨斯州的杰伊·弗洛伊德宣称，“简·罗”的怀孕肯定已经到了堕胎危险期，因此，她的诉讼应当被驳回，法官们没有同意。韦丁顿解释说，德克萨斯的堕胎法与对第九修正案的解释是相冲突的。第九修正案说，宪法中所列出的某些权利不得否定“人民”的其他权利。大法官道格拉斯曾在判决中写道，任何一个州都不能侵犯一个人的隐私权；他还说，在第九修正案中，“隐私权”是属于“公民保留”的权利。法官们同意了韦丁顿对宪法的解释。

1970年6月17日，法官小组公布了它的法庭意见：德克萨斯堕胎法必须被宣布为违宪，因为它们剥夺了单身妇女和已婚夫妇自己决定是否生孩子的权利，而这些权利是受宪法第九修正案保护的。

法院里程碑式的裁决

第五巡回法院宣布了堕胎法违宪。然而，这家法院并未下令让德克萨斯州停止执行这项法律。正因如此，考菲和韦丁顿直接向美国最高法院提起上诉。最高法院同意听审这起诉讼。

1971年12月13日，韦丁顿站到了最高法院。她宣称，德克萨斯州强迫妇女生小孩的法律使得妇女对于她们自己的生活毫无权利可言。她说，一个尚未出生的胎儿并没有资格受到法律保护。

因为当时庭中只有7名法官，所以法官们决定，如此重要的诉讼应重新论证。当两名新任命的法官——威廉·伦奎斯等和刘易斯·鲍威尔——于1972年10月10日宣誓就职后，考菲和韦丁顿又把她们的基本论证向由九名成员组成的审判团重复了一遍。

1973年1月22日，最高法院以7比2的表决，确认妇女决定是否继续怀孕的权利受到宪法上个人自主权和隐私权规定的保护，这等于承认了堕胎的合法化。

代表大多数法官发言的哈里·布莱克门在一个房间里对着众多记者宣读了他的意见。他指出，在美国历史上，认定堕胎为犯罪的法律近年来才出现，在殖民地时代堕胎是合法之举。然而，到了19世纪，禁止堕胎的法律开始流行，它们的目的是保护妇女，以免她们的健康受到损害。因为在现代医学中堕胎更加安全，所以那种反堕胎的理由也就不复存在了。

接着，法官布莱克门说，法院已经同意在过去的裁决中存在着一项“个人隐私权”。随后，他公布了裁决的中心内容：无论它是包含在第十四修正案的自由概念和对州行为的限制中，还是在第九修正案的公民保留权利中，隐私权都完全可以包括一名妇女的自由中止自己怀孕的决定。

法官布莱克门不同意德克萨斯州的它有权侵犯罗的权利以保护未出生儿的主张。他讲解了美国宪法中“公民”这个词的用法，并指出它并不包含胎儿。然而，法官布莱克门说，妇女的隐私权和胎儿受州保护之权利的缺乏都并非绝对的。

最后，法官布莱克门在“罗诉韦德案”中的裁决给对立双方提供了一个平衡模式：在孕期的前三个月中，堕胎的决定权由母亲和她的医生保留；在接下来的三个月孕期中，州可以“用与母亲的健康合理相关的方式约束堕胎程序”；在孕期的最后三个月中，州可以约束甚至禁止堕胎，除非母亲的生命或健康受到威胁。

新情势下风烟再起

堕胎合法化一度导致了美国妇女堕胎人数的激增。罗诉韦德案以后，美国反堕胎人士开始有规模地组织各种“保护生命运动”，表达对堕胎法令的不满。

罗诉韦德案的背景本身就相当复杂，正好处在美国女权运动如火如荼的时期。案件争论的焦点在于是妇女选择自由权优先，还是婴儿生命权优先。支持堕胎人士大都是自由派人士，深受60年代的女权运动思想影响，认为女人有生殖自由的权利和选择的权利，并应该受到宪法的保护。而反堕胎的保守派人士则认为，婴儿也应该有生存的权利，特别是妇女在受孕的晚期。罗诉韦德案已经过去几十年了，美国的堕胎问题并没有因此更好或者更坏。但也发生了一些富有戏剧性的转变，最出名的当属罗诉韦德案的原告诺玛·麦科威。

在美国，麦科威的名字和堕胎几乎就划了等号。麦科威本人通过在一些堕胎诊所工作，逐渐发现堕胎对于婴儿的伤害；同时，在一个反堕胎的牧师的影响下，她的信仰和心灵就此发生转变，开始对堕胎女性进行反堕胎教育。在2003年1月罗诉韦德案30周年纪念日的时候，麦科威又要求上诉法院推翻过去的案子，并称自己只是诉讼的工具，当她需要堕胎的时候，压根没有人来理她。

当然麦科威的转变本质上是无法改变美国自由和保守两派对堕胎的分歧的，他们仍然在为自己的立场作较量。正如法律专家预测的一样，这项争论在小布什总统那里未必能打住，非要闹到高法裁决不可。

晚期堕胎禁令结局如何，我们拭目以待。

（节选自《美国宪政历程——影响美国的25个司法大案》）

九、理论学术动态

中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长龙翼飞教授参观贾汪法院家事庭并座谈

2013年10月22日 中国网魅力中国 王道强

2013年10月19日上午，中国法学会婚姻家庭法学研究会常务副会长暨北京人民大学教授龙翼飞、中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事暨中国人民大学副教授、硕士生导师孙若军女士，在市中院李德彬专委的陪同下，参观我院家事法庭，并与家事干警进行了座谈。岳敏专委就贾汪法院家事审判两年来的工作开展情况向两位专家作了介绍，周洪生副院长就家事审判中的前沿性问题向两位专家进行了请教，王牧院长就家事审判工作的未来设想向两位专家征求了意见。

龙翼飞教授指出，婚姻法是特别法，是维护社会伦理道德的底线，贾汪法院关于一系列家事审判的创新举措有一定的现实意义，值得思考与借鉴。希望贾汪法院在不违背民事诉讼法规定的前提下，提炼出家事审判的特有规律，向最高院建议通过司法解释的形式予以确认。龙翼飞教授还就婚姻瑕疵登记行为的起诉与受理作了前沿性的指导。

孙若军副教授指出，家事案件专业化审判是大势所趋。希望贾汪法院能在执法思想、调解理念及具体的指导原则方面作进一步阐述，使其更具有合理性、科学性和可行性，更具有说服力和推广价值。

两位教授向王院长发出邀请，欢迎贾汪法院派员参加11月9日在湖北武汉召开的全国婚姻家庭2013年年会，王院长愉快地接受了邀请。

论我国《继承法》遗产范围的重构

2013年10月31日 中国法律民上网 任江

关键词：遗产范围，继承权客体，继承法修正

内容提要：《继承法》以列举的方式具体规定了遗产范围，这种方式已经无法满足现今经济社会对《继承法》的客观要求。对遗产范围制度的修正，主要应通过采纳遗产概括承受主义，从而将消极财产纳入遗产范围中；采纳不完全遗产制度，以防止继承人恶意逃债；对新型财产性权益、具有人格要素的物、特定法律资格与行为的继承，则不应局限于其法学属性的理论争议，通过立法技术实现对其继承方式的法律规制。这种对《继承法》现代化修正的立法精神本质，是法律主体对因经济基础发生变革而导致的遗产种类多元化、遗产权利义务关系复杂化的法价值需求的实践活动，是对继承权客体制度本土化移植的体系化修正，从而实现法律上层建筑与社会经济基础相适应的法价值选择。

现行《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）颁布于1985年，当时仍以单一公有制计划经济为主，全社会处于物资严重匮乏时期，个人财产较少，继承关系较为简单。而时至今日，我国社会经济体制已然发生了翻天覆地的变化，个人拥有的私人财富种类和数量急剧增加，现行《继承法》有关遗产范围的界定已经难以适应社会经济生活对法律的要求^{1}。由杨立新教授与杨震教授作为课题组负责人，中国人民大学民商事法律科学研究中心和黑龙江大学民商法学研究中心联合完成的《〈中华人民共和国继承法〉修正草案建议稿》^[1]（以下简称《建议稿》）针对这一问题作出了有益的尝试，分别于第5条（遗产）[概括承受]和第7条[遗产的范围]等条款对现行《继承法》第3条作出补充完善，笔者尝试以该《建议稿》遗产范围规制为蓝本，结合《建议稿》其他相关条款，探求继承法现代化过程中所面临的遗产范围规制问题的解决之匙。

一、国外遗产范围制度概览

“一切认识、知识均可溯源与比较”，“使豁达而高尚心灵卓而不凡者，定莫过于优雅的好奇心，而这种好奇心最愉悦且有益运用者，又莫过于鉴察外国的法律与习俗”^{2}。全球经济一体化的发展趋势使各国国民所拥有的财产种类日趋多元亦日趋相似。这种财产种类的相似性为《继承法》遗产范围法律规制提供了可借鉴的其他法域相似制的社会物质存在基础。

（一）大陆法系国家遗产范围制度

大陆法系国家遗产范围制度在立法技术上尽管存在一定差异，但总体立法模式基本相似，其中尤以德国、法国、瑞士、日本、俄罗斯为代表，均采取了当然继承或概括继承的模式，除俄罗斯外，其他各国亦规定了针对不完全遗产的归扣制度。

1. 德国。

《德国民法典》^[2]继承法部分关于遗产范围的表述非常简略，仅第1922条规定了被继承人死亡时继承开始，其财产（遗产）作为总体转移给一个或多个他人继承。财产权的种类主要包括债权、物权和知识产权。与我国显著差异的是，占有也作为遗产可由继承人继承，即其第857条的规定。

《德国民法典》第2050条至2056条主要规定了遗产归扣制度。被继承人的晚辈直系血亲等遗产合算义务人应当将被继承人生前基于特定目的赠与的财产计入遗产总价值内，从而计算继承人应继份，在继承人继承财产时，从应继份中扣除已赠送的财产为继承人实际继承的财产。

2. 法国。

《法国民法典》[3]第724条确立了法国遗产范围为一切财产，既包括“积极财产”，也包括“消极财产”，其第3卷第1编第6章第2节则针对不完全遗产规定了归扣制度和减扣制度。

《法国民法典》对应予合算归扣的遗产范围规定得较广，除赠与明示以应继承份以外的特殊权益给与者，或赠与人免除返还者外，均应视为遗产予以合算[4]。但通常的供养、教育、学习技艺的费用、普通服装的费用，婚礼及平常用品所支付的费用不予结算；继承人在被继承人生前与之订立契约，该契约订立时未对继承人给予任何间接利益，继承人从此种契约中获得的利益；被继承人生前与继承人成立合法合伙，并于被继承人死亡后经公证文书确定的合伙财产；在受遗赠人无过错情形下，生前已赠与却因意外事件灭失的财产等除外[5]。

3. 瑞士。

瑞士遗产范围制度主要规定在《瑞士民法典》[6]第3编第14章第6节、第16章第2节和第17章第3节中。瑞士继承法采取了概括继承原则，遗产既包括积极财产，也包括债务[7]。遗产的结算范围包括以嫁资、结婚费用、财产转让或债务免除的名义交付与直系卑血亲的全部财产、被继承人为子女的教育或职业培训所支出的超过普通程度的费用（但证明被继承人有其他意思表示的除外）[8]。

4. 日本。

日本遗产范围制度主要规定在《日本民法典》[9]第5编第3章第1、2节和第8章中。其遗产范围包括积极财产、消极财产[10]和祭祀身份，但宗谱、祭具及坟墓的所有权排除在遗产之外[11]。

其第903、904条规定了应予以归扣的财产范围，依其规定，共同继承人中，如果有自被继承人处接受遗赠或因婚姻、收养或作为生计的资本而接受了赠与的人时，以被继承人在继承开始时所有财产的价值加上其赠与的价值，视为继承财产，并从该继承人根据法定应继份、代位应继份或指定应继份规范算定的应继份中予以扣除。但被继承人明确表示该赠与不列入遗产的，遵照被继承人的意思处理，其意思表示违反特留份规定的，超过部分无效。关于应予减扣财产的范围，《日本民法典》规定，赠与以继承开始前1年内所发生为限，应计入遗产总额内，但当事人双方明知有害于特留份权利人而实行的赠与不在此限。特留份权利人以及承受人，于需要保全特留份的限度内，可以请求扣减遗赠及前述赠与。以明显偏离正常对价实施的有偿行为，以双方当事人明知有害于特留份权利人而发生的为限，视为赠与，在此情形下，特留份权利人请求扣减时，应偿还其对价[12]。

5. 俄罗斯。

《俄罗斯联邦民法典》[13]第61、62章规定了遗产范围制度，其立法体例采用概括规定加排除式的立法模式，“继承是将死者的财产（遗产）依照权利和义务概括移转的方式，即以整体统一的完整形式在同一时刻转归他人”。遗产是“在继承开始之日属于被继承人的物品、其他财产，其中包括财产权利和义务为遗产的组成部分。与被继承人的人身不可分离的权利和义务，包括对赡养费的权利，对致公民生命或健康损害赔偿的权利，以及本法典或其他法律不容许依继承的顺序移转的权利和义务不属于遗产的范围。人身非财产权和其他非物质利益不属于遗产的范围”[14]。

俄罗斯继承法没有关于不完全遗产的规定。但其通过拓宽法定继承人、代位继承人范围，调整法定继承顺序，限制对遗产中不可分物、家具及日常用品的分割来保障继承法对各继承人权益的平衡，通过儿童利益最大化、恪守扶弱济贫理念从而贯彻赡老扶幼的精神，通过保障无劳动能力人继承权的实现、明确特留份具体份额实现对社会弱势群体的扶助救济。尽管其继承法未规定遗产的归扣、扣减制度，但仍通过其他继承制度起到了对社会弱势群体“厉行权利保障”的立法目的[3]。

（二）英美法系国家遗产范围制度

英美法系国家实行间接继承制度，间接继承制度中的“遗产”只能是“积极财产”[4]。但是，英美国家的间接继承制度是与其完善的遗产信托制度紧密相联的。被继承人死亡后遗留下的财产，须经过信托进行财产清算，在偿还债权人后，继承人能够通过信托获得遗产的所有权，即在被继承人死亡至继承人获得其遗产所有权的过程中，被继承人遗留的财产经过了“所有权（被继承人享有）—信托—所有权（继承人享有）”这一过程。即被继承人遗产所有权并不是瞬时转化为继承人所有权，通过遗产信托形成了所有权之间的过渡，也解决了继承人或受遗赠人接受、放弃继承或遗赠前，遗产的安全保护状态。该立法体例与我国有着较大的相似之处，即均存在着所有权过渡状态，只是我国是以继承权代替了信托，搭建了这一过渡过程[15]。

英美国家遗产范围制度同样存在着对不完全遗产的规定。英国《继承法（家庭和被扶养人条款）》中对意图使供养失去意义的产权处置作出了规定，此类为保证供养权利人利益而必须被计入遗产范围的被继承人生前处分的财产就是不完全遗产，从而保障遗属的受供养权。而美国的《统一遗嘱检验法典》亦对作为份额计算基础的遗产作出扩大解释，该扩大的遗产中除被继承人死亡时的个人净财产以外的其余部分，可被认为是不完全遗产[5]。

二、国外遗产范围制度的借鉴意义

国外遗产范围制度立法规制对我国的借鉴意义主要体现在三方面：

第一，大陆法系国家的遗产范围均包括了财产权利与财产义务，被继承人遗留的财产采用概括继承方式，由继承人一并继承权利义务，再通过限定继承原则来保障继承人的合法权益不因继承了债务而受到损失。在此语境下，法律并没有遗产范围的概念，而是将财产积极权利与消极权利，占有权益、特定法律身份的继承等统辖于继承客体概念中。有学者指出：“我国《继承法》第3条规定的遗产仅指‘积极财产’，这是符合我国国情的。[6]

但本文认为，这种观点在上世纪我国《继承法》颁布之初以降的十几年内，个人财产关较少，与财产相关的法律关系较为简单的情形下是成立的。而伴随着我国经济的高速发展，个人财产的急剧膨胀，个人财产关系也日趋复杂，在继承开始时，遗产可能难以在短时间内计算出净遗产总额，如以房产设定抵押而该抵押尚未到期，或商业贷款购房于继承开始时尚远未到还贷期限等。现行《继承法》已经无法满足当前中国经济发展基础对法律的客观需求，应当采取遗产的概括承受主义[16]。

第二，对于遗产中的积极财产，无论大陆法系国家还是英美法系国家，都将其定义为被继承人死亡时遗留的一切个人财产权利，仅专属于被继承人人身的所有权除外。即没有采取如我国《继承法》第3条的立法体例，对遗产作出“合法性”的规定。从实践分析，《继承法》第3条规定的“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产”并不具有可操作性，对“合法”的解释亦有可能产生与其他部门法的冲突。首先，《继承法》并未规定遗产必须经法院或其他公权力机构进行登记清算后才可由继承人继承，这意味着如果没有相关利害关系人对财产的合法性提出异议，继承人或遗嘱执行人乃至法院均无须对被继承人遗留的全部财产逐一进行“合法性”审查，而个人财产的多样性、复杂性也使法院或其他相关机构不可能在无争议的情况下，对每一个被继承人的全部财产进行全面审查。其次，权利一词蕴含着法律赋予当事人的自由、资格，只存在合法的权利而无非法的权利。法律承认民事主体对某一财产享有权利，该财产本身就具有合法性，否则不可能成为权利所指向的对象。以文理解释分析，“公民遗留的财产权利”意味着该财产关系已经稳定，不存在第三人对该财产主张权利（否则就不能称为“公民遗留的”）或该“财产权利”属法律禁止个人享有的（法律禁止个人享有的，就不能称为“权利”）；而对该款作反义解释，即公民遗留的不合法的财产禁止继承，这意味着在继承开始后，须对全部遗产的合法性作出法律判定后，方可发生遗产物权变动，这与《物权法》第29条规定的继承物权变动模式相悖。再次，“合法”一词的不确定性可能产生法律之间的冲突。如非农村集体经济组织继承人能否继承宅基地、土地承包经营权的问题，被继承人遗留的合法财产权利并不能够被继承人继承，而只是能继承相关受益。再如法律禁止淫秽物品传播，而个人持有该物品并不必然构成违法。若被继承人遗留的此类物品，继承人是否可以继承，如果继承是否构成违法，则成为疑问。而国家禁止公务员从事商业活动，非经允许不得成为企业股东，但国家公务员作为继承人是否可以继承企业股权或合伙资格亦是疑问。上述举例均属于在继承中对财产“合法”性作出的突破，或是法律限制、禁止该类财产流转，或是禁止特定人享有此类权利，概括性地以“合法”限制遗产权利，可能得出上述遗产一律禁止继承的结论，这显然损害了继承人的合法权益。因此，法律并无必要规定遗产必须合法。而《建议稿》第7条：“遗产是被继承人死亡时遗留的个人财产”的立法表述，修正了《继承法》的此种不足，是更为科学的立法体例。

第三，在上述列举分析国家中，除俄罗斯继承法外，各国家均设立了不完全遗产制度，其立法体例均同时规定了应当被返还的财产和免于返还的财产，即遗产的归扣与扣减制度。就我国而言，一方面我国传统习俗中存在着父母为子女大操大办婚事，为子女购买贵重物品乃至汽车、房产的习俗，在遗产分配中确有必要对这部分赠与财产通过归扣纳入不完全遗产中，以此保障其他继承人、债权人的权益不被侵犯；另一方面，当前我国民间借贷融资关系复杂，涉及金额巨大，涉及人数众多，为防止极少数借贷融资人明知无法偿还巨额借贷资金，而为子女购买价值巨大物品或以直接赠与财产的方式为其关系密切人保留财产，自己则采取自杀等极端方式逃避债务的行为[17]，继承法有必要规定不完全遗产制度，以保障社会金融关系的稳定，保障债权人权益，即：“继承开始前，晚辈继承人因结婚、分家、营业、教育、生育等事项，接受被继承人生前赠与的财产，依据被继承人生前的意思表示或者风俗习惯，属于提前处分遗产的，应当按照赠与时的价值归入遗产计算价额。赠与的价额在遗产分割时应当从该继承人的应继承数额中扣除。但超过应继承数额的部分不必返还。”[18]

三、关于遗产范围与继承权客体的差异

在对我国《继承法》遗产范围制度作现代化修正过程中，一个不能回避的问题即我国立法应采纳遗产范围概念抑或继承权客体概念。而关于继承权客体与遗产是否属同一涵义，学界多有争议，此种争议不仅涉及遗产范围的具体界定，同时影响着被继承人生前债务的承担、应继份、特留份之间的关系等具体继承问题。

（一）继承权客体的含义

继承权客体概念最早可追溯至罗马法时期，在这一时期，作为继承标的之遗产（*eredita*）{7}，等同于死因概括继承。也就是说遗产继承（*eredita*）{8}，是一种身份、地位继承，以维系家庭乃至家族整体的政治地位延续为目的，从而保障家族祖先的宗祧继承。即“原始的遗产继承是为这种最高权力（‘宗亲集团或家族最高权力接班人’）的转移而不是为财产的转移服务的”{9}。其本质是“对一种人资格的取得”，即法律地位，“这种资格对于继承死者在财产和个人责任方面原有的法律地位来说是必要的和充足的条件”{10}。随着罗马共和国通过对外掠夺战争攫取了大量土地财富，罗马社会从奴隶制大庄园经济逐步发展为商业社会，原有的身份继承丧失了客观基础，最终促成了身份继承向财产继承的过渡。“此后，财产便成为继承的主要对象，身份继承则降到附属的地位。”公元2世纪大法学家尤莉亚努斯称：“继承是指继承死者所有的财产。”{11}

近代继承法沿袭了罗马法这种源自身份继承的财产概括继承主义（*successio per universita*），即除了与被继承人人身相联系的债权、债务或其他权利义务之外，继承人要总括地继承被继承人的一切财物和财产上的一切权利义务，而不问资产、负债的多少，纵使死者遗产中的负债远远超过资产，继承人仍然要全部继承下来，替死者还清负债{12}。在此意义上，继承权的客体，“只须继承开始时为被继承人之一切权利义务，不以其效力确定为

必要。故附条件或未届期之权利义务”，均属继承权客体之范畴。即，继承权的客体“只须属于财产上之权利义务，其种类在所不问”{13}。具体包括：（1）无体财产权，如著作权、专利权、商标权、商号权；（2）物权；（3）遗体，遗骨；（4）债权；（5）形成权；（6）义务；（7）不以被继承人地位、身份、人格为基础的财产法上的法律地位（如承租人地位、社员权等）；（8）诉讼地位{14}。在现代继承法中，采用了“概括继承主义”的大陆法系如德国、法国、瑞士、日本等国家基本沿袭了上述制度，积极财产和消极财产均由继承人一并继承。

通过对遗产客体概念历史渊源的梳理，我们发现在罗马法时期以降，继承权客体的范围不限于财产范围，即使在身份继承降到附属地位后，仍在近现代继承法中存在着身份权或身份利益的继承，而作为继承权客体一部分的财产是一种概括性的财产，即财产权利与财产债务以整体形式由继承人继承。此外，一些具有人格要素的特殊物{19}，亦成为继承权客体，而这些具有人格要素的特殊物并不属于现代财产法上的财产或物权客体。

（二）继承权客体与遗产的区别

在我国法学传统语境下，遗产指死者遗留下来的（积极）财产，与债务相对立{15}。而关于继承客体与遗产的关系主要存在两种不同的学说：（1）认为遗产就是继承客体，如：“在我国继承法上，继承的客体也就是遗产。”{20}（2）第二种学说认为遗产属于继承客体的一部分。该学说又分为三种观点：第一，认为继承客体包括合法的或可依法流转的积极财产、消极财产和法律地位（法律关系的继受与诉讼法律地位的继受），但不包括某种必须履行的行为，如办理丧事，而是将此种行为作为近亲属自身的债务，否则，会得出“如果被继承人未留有积极财产，其近亲属则可以不为其办理丧事的错误结论”{16}第二，认为除合法积极财产、消极财产外，包括“某种必须履行的行为”{17}；第三，认为继承客体是被继承人财产法上的法律地位，遗产是其中的积极财产{18}，即遗产不限于个人合法财产，可能包括特定情形下死者生前尚未取得合法权利的财产。

上述第一种属学者对于我国《继承法》第3条、第33条的文理解释，而这种文理解释如果置于我国未来《民法典》体系下可能存在一定问题，如《物权法》第29条因继承而导致的物权变动与现行《继承法》第2条继承的开始、第25条继承（遗赠）的接受与放弃、第33条遗产债务的清偿存在着外在于继承法的体系冲突，而《继承法》第3条遗产范围亦与第33条存在着内在逻辑冲突{21}。这种冲突一方面缘于学者对于继承权向所有权转化采纳何种学说尚存争议{19}，另一方面则因为《继承法》没有将消极财产、具有人格要素的特殊物以及特定身份纳入遗产范围，这也给我国未来可能出台的遗产税（或遗嘱税）制度带来了不必要的立法选择困难{22}。此外，将遗产继承局限在传统狭义的财产继承{23}，亦无法涵盖新型财产性权益的继承问题。而后三种学说的差异实际上反映的是前文比较法分析的三种不同继承立法体例：第一种学说属大陆法系继承法的概括继承原则，排除了行为继承；第二种为英美法系立法体例，即继承客体包括被继承人的遗产和债务，以及某种必须履行的行为，而遗产只能是遗产信托管理人在清偿被继承人债务后的剩余财产，而这种行为主要指继承人、受遗赠人于继承开始后必须完成的行为，如葬礼，及其他遗嘱中指定内容等；最后一种则是罗马法的法律地位说{20}，即继承权的客体是被继承人在财产法上的法律地位或法律关系。

四、结论：我国继承法的选择

正因为上述各学说乃基于不同的继承立法模式而进行的总结概括，很难说哪种学说更准确地界定了继承权客体与遗产的区别，而应根据继承法的立法体例、继承法与其他法律部门之间的衔接，从体系化视角加以解读。而就我国《继承法》而言，已经颁布实施近30年的《继承法》遗产范围概念已然为民众所熟悉，贸然采用继承权客体概念恐难以被普遍接受。而且，继承权客体概念较为抽象、概括，需要法官在司法审判中对被继承人权利、义务有着较为详细的了解。在我国尚未建立完善的个人征信系统和遗产登记制度之前，并不适宜采用这种抽象、概括性的立法体例。但我国传统继承法语境下的“遗产范围”是无法涵盖种类繁多的各类财产性权益的。尤其在我国全面建成小康社会后，我国个人财富种类日趋多元化，现行《继承法》遗产范围条款已然无法满足社会对继承法的需求。而立法的后发优势即在于融合先前不同立法体例，使不同立法体例之间的不足得以完善，即所谓的折中式、综合式的立法模式：

《建议稿》在第7条延续了现行《继承法》立法体概念，即采用了[遗产的范围]{24}这样的表述，但在其具体条文设计上已经突破了《继承法》第3条之规定，其所列举的遗产范围涵盖了自改革开放后，我国自然人所拥有的各类新型财产，尤其对于在学理上尚有争议，但在实践中已然具备财产价值的财产性权益亦作出了规定，有效地回避了关于此类财产法律属性的争议，避免了因学理争议而导致的立法空白。此外，《建议稿》于第5条规定的[概括承受]、第8条[关于遗产的特殊规定]{25}、第9条[遗产的归人与扣除]针对消极财产、物上负担、特定身份利益、法律资格、具有人格要素的特殊物以及其他新型财产权益作出了规定，不仅突破了传统“遗产范围”概念，并将“继承权客体”概念的内涵有效融入其中。

《建议稿》的上述立法体例既是对前文分析的大陆法系概括承受主义、英美法系净遗产与行为主义、罗马法的法律资格主义的体系化整合，又是针对我国遗产范围特点而作出的创新性立法尝试，其本质是对“遗产范围”制度的现代化修正。这种立法理论的创新，与其说是法律逻辑推理的产物，不如说是针对我国经济基础发生重大变革而作出的必要调整，是社会上层建筑与社会物质基础相适应的选择。而我国民法、继承法的现代化发展变革不应仅是法律理论、法律制度层面的形而上学，而应是立足于社会物质存在发展，体现立法的前瞻性，为社会经济发展和科技发展预留出足够的法律空间，并最终构建社会物质存在与社会思维存在紧密联系、有机互动的法律

体系之“法价值实践活动”。在这一法价值实践活动中所体现的实践主体能动性要求、主体对客体的“价值性需求”、实践活动所具有的“超越性”和“理想性”特点^[21]，于继承法遗产规制语境下，即是作为继承客体的财产性权益多元化、遗产权利义务关系复杂化所引起的实践主体对构建新的和谐继承关系的能动性要求与对客体的价值性需求的结合，借助突破传统继承法遗产范围理论并采纳继承权客体涵义路径，从而实现法律修正的超越性，并发挥立法指引作用，实现其对未来继承关系构建发展的法指引价值，这亦是对我国传统遗产范围制度现代化修正的法哲学基础。

注释：

【注释】 [1]该《建议稿》全文参见杨立新、杨震等：《〈中华人民共和国继承法〉修正草案建议稿》，载《河南财经政法大学学报》2012年第5期。

[2]《德国民法典》法条引自：《德国民法典》，陈卫佐译注，法律出版社2006年版。

[3]《法国民法典》法条引自：《法国民法典》，罗结珍译，中国法制出版社1999年版。

[4]《法国民法典》第843条。

[5]《法国民法典》第843、852-855条。

[6]《瑞士民法典》引自：《瑞士民法典》，殷生根、王燕译，中国政法大学出版社1999年版

[7]《瑞士民法典》第560条。

[8]《瑞士民法典》第626、631条。

[9]《日本民法典》法条引自：《最新日本民法典》，渠涛编译，法律出版社2006年版。

[10]参见《日本民法典》第896条。

[11]参见《日本民法典》第897条第1款。

[12]《日本民法典》第1029、1030、1031、1033、1039条。

[13]《俄罗斯联邦民法典》法条引自《俄罗斯联邦民法典》，黄道秀译，北京大学出版社2007年版。

[14]《俄罗斯联邦民法典》第1110条第1款、1112条。

[15]有学者将我国《继承法》所有权的过渡状态总结为有遗产信托之实而无遗产信托之名，即在继承人接受积极遗产前，已经清偿了遗产债务，这与英美法系国家的遗产信托制度相似，继承人继承的只是积极财产。参见苏号朋：《我国继承法有“限定继承”原则吗》，载《法治论丛》1994年第1期。

[16]即《建议稿》第5条[概括承受]第1款规定的：“继承开始时，由继承人全体概括承受遗产上的权利与义务。遗产分配于遗产承受权利人名下时，取得单独的权利。依照法律规定需要办理登记的权利，未经登记不得处分该权利。”

[17]实践中已经出现了非法集资人自杀身亡，而集资款去向成谜的案件，参见《农行职工非法集资后自杀 2500 万资金去向成谜》，载新浪网：<http://finance.sina.com.cn/money/bank/bank-hydt/20120910/080813090100.shtml>, 2013-4-08;《神木现温州魅影》，载21世纪(财经)网：<http://www.21cbh.com/HTML/2013-2-19/xNMDM2XzYyMTYxNA.html>, 2013-4-08;《非法集资无力还事主自杀》，载《广州日报》，2011年5月15日A4版;《鄂尔多斯陷入融资风暴 官员自杀缘起房贷》，载中国证券报·中证网：<http://www.es.com.cn/xwzx/14/201204/001204083307219.html>, 2013-4-08。仅在百度搜索引擎中搜索“融资或集资 自杀”即可搜索到多起温州、鄂尔多斯、神木等地发生的此类案件。

[18]《建议稿》第9条[遗产的归入与扣除]。

[19]这里所说的“具有人格要素的特殊物”指该物具有标表某一具体人格要素的社会功能价值，即外界可以通过该物识别某种人格要素，且这种人格要素与该物不可分离，如遗体、墓碑、骨灰、族谱、家族祖传物等。该概念的提出基于以下文献：关于人格要素与人格的分离，人格要素伦理价值的外在化论述，参见马俊驹：《人与人格分离技术的形成、发展与变迁——兼论德国民法中的权利能力》，载《现代法学》2006年第4期；马俊驹：《关于人格权基础理论问题的探讨》，载《法学杂志》2007年第5期；胡平仁、梁晨：《人的伦理价值与人的利益——人格权内涵的法哲学解读》，载《法律科学》2012年第4期。关于人格要素功能分类及其价值的论证，参见王歌雅：《姓名权的价值内蕴与法律规制》，载于《法学杂志》2009年第1期；王歌雅：《生育权的理论探究》，载《求是学刊》2007年第6期。关于非财产的特殊物的相关理论，参见杨立新、朱呈义：《动物法律人格之否定——兼论动物之法律“物格”》，载《法学研究》2004年第5期；杨立新、王竹：《论物权法规定的物权客体中统一物的概念》，载《法学家》2008年第5期；李锡鹤：《民法“物格”说引起的思考》，载《法学》2010年第8期；杨立新、张莉：《连体人的法律人格及其权利冲突协调》，载《法学研究》2005年第5期。

[20]参见王歌雅主编：《婚姻家庭继承法学》，中国人民大学出版社2009年版，第228页。持相似观点的学者还有郭明瑞、房绍坤、关涛等，参见郭明瑞、房绍坤、关涛：《继承法研究》，中国人民大学出版社2003年版，第8页。

[21]依照《物权法》第29条规定，继承开始发生，继承人或受遗赠人即取得了物权，即被继承人死亡后（《继承法》第2条），遗产发生物权变动效力，但依照《继承法》第25条规定，继承开始后，继承人在遗产分割前是存在放弃继承可能的，而受遗赠人在继承开始两个月内作出接受遗赠意思表示即可。因此，在继承开始后，遗产分

割前或继承开始后两个月内，遗产所有权并不即刻变动为继承人或受遗赠人所有，存在着权利过渡时期，即“（被继承人）所有权—继承权（受遗赠权）—（继承人或受遗赠人）所有权”。这种过渡时期的存在，也是继承权存在的基础。而按照《物权法》第29条规定，其权利变动模式则为“（被继承人）所有权—（继承人或受遗赠人）所有权”，继承权几无存在之必要。产生这一问题的原因之一即在于《继承法》并没有采纳遗产概括承受的立法体例，《物权法》亦没有考虑在遗产因继承发生物权变动时，遗产上可能存在着负担，将遗产权利变动等同于物权变动，忽视了继承权的存在。而在这一过渡时期，遗产的实际状态是包含积极财产与消极财产的，在此问题上，《继承法》第3条、第25条、第33条既存在着内在矛盾，又与《物权法》第29条存在着外部体系冲突。

[22]如采纳遗产税概念，则国家是对被继承人遗留的全部财产征税，遗产税的纳税人是被继承人，实际纳税执行人是遗嘱执行人或遗产管理人，这里的总遗产包括了积极财产与消极财产，在遗嘱执行人或遗产管理人缴纳税款、清偿债务完成后，再由继承人继承，如美国；如采纳遗嘱税或继承税的概念，则纳税人与纳税执行人都是继承人，是以继承人实际继承的积极财产为课税对象，如大陆法系的日本等国家。两种不同税制适用于不同的遗产范围制度，取决于继承权客体（遗产范围）是否将消极财产纳入遗产范围内以及采用何种税制。

[23]此处的狭义财产指债权法、物权法上的财产利益，而不包括基于特定身份而产生的权益以及对人格要素商业化利用产生的权益。

[24]《建议稿》第7条[概括承受]规定：“遗产是被继承人死亡时遗留的个人财产，包括：（一）房屋、林木、牲畜、储蓄等不动产或动产的所有权；（二）个人享有的土地承包经营权和承包收益；（三）建设用地使用权；（四）可继承的财产权及其担保；（五）有价证券载有的财产权利；（六）股权或合伙中的财产权益；（七）知识产权中的财产权益；（八）被继承人享有的人格权衍生的财产利益；（九）互联网络中的虚拟财产；（十）被继承人的其他财产权益。（第2款）被继承人的专属性权利和法律规定不得继承的权利不属于遗产。（第3款）涉及被继承人个人信息权、隐私权的互联网络虚拟财产不属于遗产。”

[25]《建议稿》第8条规定：“经济适用住房的继承人不符申购条件的，可以继承由政府回购所得价款，也可以按照规定标准向政府缴纳土地收益等相关款项后，继承房屋。（第2款）因被继承人死亡而获得，但未指定受益人的保险金，比照法定继承人的规定确定权利人。（第3款）遗体、骨灰、灵牌、墓地等特殊遗产的继承不得违反公序良俗。无遗嘱的，由继承人协商处理；协商不成的，依习惯；无习惯的，可在继承人中合理确定管理人，不进行分割。（第4款）祖传物的继承与分割，无遗嘱的，由继承人协商处理；协商不成的，依习惯；无习惯的，可在继承人中合理确定管理人，不进行分割。未经全体继承人同意，不能采取拍卖、变价等处分所有权的方式分割。”

【参考文献】 {1}梁慧星. 简陋的《继承法》已不适当今社会[N]. 经济参考报, 2010-04-07.

{2}[德]K·茨威格特, H. 克茨. 比较法总论[M]. 潘汉典, 米健, 高鸿钧, 贺卫方译. 北京: 法律出版社, 2004. 序言.

{3}王歌雅. 俄罗斯联邦继承法的私权守望与价值追求[J]. 俄罗斯中亚东欧研究, 2009, (5).

{4}杜江涌. 比较法视野下的遗产范围制度研究[J]. 河北法学, 2010, (4).

{5}{6}陈苇. 外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011. 245-247, 249.

{7}{8}{9}{10}{20}[意]彼得罗·彭梵得. 罗马法教科书[M]. 黄风译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005. 324, 323, 324, 327, 326.

{11}{12}{14}周相. 罗马法原论(下册)[M]. 北京: 商务印书馆, 2005. 470-471, 471, 154-160.

{13}史尚宽. 继承法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000. 153.

{15}陈苇, 宋豫. 中国大陆与港、澳、台继承法比较研究[M]. 北京: 群众出版社, 2007. 193.

{16}马俊驹, 余延满. 民法原论(第三版)[M]. 北京: 法律出版社, 2007. 899-903.

{17}刘春茂. 中国民法学·财产继承[M]. 北京: 法律出版社, 1999. 40.

{18}张玉敏. 继承法律制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 1999. 40.

{19}杨震, 王歌雅. 继承权向所有权转化研究[M]. 学习与探索, 2002, (6).

{21}杨震. 法价值实践观的理性选择[J]. 苏州大学学报, 2005, (5).

现代英国家事案件审判体制的变迁及其启示

2013年10月29日 石雷 中国民商法律网

关键词: 英国家事案件审判体制, 司法理念, 家事法庭, 儿童权利保护, 调解

内容提要: 英国家事案件审判体制的变革顺应了社会发展, 反映了民众呼声, 从最初由宗教法院审理离婚案件发展到20世纪末建立完整的三级家事案件审判体制, 即家事程序法院—治安法院中由家庭问题专家开庭审理案件; 郡法院; 高等法院家事法庭。英国家事案件审判体制变迁的司法理念包括建立专门的家事法庭; 设立专门的保护儿童权利的机构; 重视和解和调解工作。对我国未来司法体系变革的启示是: 建立专门的家事合议庭; 建立配套的儿童保护机构; 完善家事纠纷中的法院调解。

在英国[1]，家事法作为一个独立的法律部门，主要包括调整婚姻家庭以及父母子女关系的法律。“家庭”通常指核心家庭或者直系血亲家庭。当下，英国国家事法也有一些调整同居伴侣之间权利义务关系的规定。虽然家事法必然会和合同法、侵权法、刑法等相关领域的法律互相影响，但从传统上讲，家事法只限定在结婚、离婚、同居及相关的经济和财产问题，包括一些与儿童有关的法律。其重点在身份的创设和取消（结婚、离婚、亲子关系）及由此带来的法律后果[2]及在权利遭到侵害时，所提供的救济。现代英国国家事案件审判体制的变革在应对普通民众对家事司法提出的要求的同时，也深刻反映了其变革背后的司法理念。

一、现代英国国家事案件审判体制变迁的背景

英国 20 世纪早期的家事法深受宗教影响[3]。按照英国国教的观点，婚姻乃出自神意，非人力可使之分[4]。所以，人们要想离婚并不容易。只有极其富有的人通过非常复杂的宗教程序或通过提起一项议会议案的方式才能离婚。

伴随着资本主义生产关系的萌芽和发展，新兴的资产阶级法学世界观冲破了宗教神学思想的牢笼[5]。1857 年《婚姻诉讼法》（**Matrimonial Causes Act 1857**）规定，离婚可由民事法院审理[6]。但是，1857 年法的立法目的并非为了鼓励离婚，而是为了将离婚案件的管辖权从宗教法院分离出来，离婚也限定在极少数的情形下，比如通奸。该法创设了一个新的离婚和婚姻诉讼法院（**Court for Divorce and Matrimonial Causes**），主要审理原由宗教法院审理的有关离婚的民事诉讼[7]。

离婚和婚姻诉讼法院没有采纳普通法院的控辩式体系（在此体系中，法院的角色是听取当事人提供的证据，根据证据规则做出裁判），相反，法院采用了宗教法院的纠问式体系[8]。不限于当事人提供的证据，而是有义务“根据其理性判断”诉讼主张的事实真相，以及起诉者是否“在婚姻期间有帮凶、纵容通奸或有宽恕的行为”；法院也要调查任何一个针对原告的反诉[9]。法院审理时，可得到国王代诉人的帮助[10]。这种程序上的特点一直保持到二战结束。

1875 年，根据 1873 年《最高法院司法法》（**Supreme Court of Judicature Act 1873**）和 1875 年《最高法院司法法》（**Supreme Court of Judicature Act 1875**），离婚和婚姻诉讼法院，遗嘱检验法院以及海事法院合并为高等法院遗嘱检验、离婚和海事法庭（**Probate, Divorce and Admiralty Division of the High Court of Justice**）。1969 年《离婚改革法》（**Divorce Reform Act 1969**）颁布前的大讨论对法院在离婚案件中的角色提出了许多质疑，正是这场讨论最终促使《离婚改革法》得以颁布实施。此后，原来只审理离婚的离婚和婚姻诉讼法院在改革后，不但在名称、组织结构上有变化，而且在受理案件范围上也增加了婚姻关系或同居关系破裂后双方当事人的财产纠纷以及子女问题等。

1970 年《司法工作法》（**The Administration of Justice Act 1970**）[11]创设了高等法院家事法庭，该法对高等法院遗嘱检验、离婚和海事法庭的管辖权进行了调整，将海事案件分到其他法庭管辖，并将遗嘱检验、离婚和海事法庭重新命名为家事法庭（**Family Division**）。但是随后创立家事法庭专门小组的呼声不断增强，这些专门小组不仅能审理家事纠纷，还可综合利用各种手段处理家庭不和的问题。许多人主张涉及到家庭问题的案件需要一种不同于商事纠纷和刑事检控的方法来处理。这种呼声直接影响了英国国家事案件审判体制的立法。时至今日，英国已建立起一个三级的家事案件审判体制。

二、现代英国国家事案件审判体制变迁的司法理念

（一）家事法庭独立化，家事纠纷处置专业化

在 1857 年《离婚诉讼法》修改离婚法后的半个世纪内，离婚和婚姻诉讼法院的法官反复强调，他们运用的司法权力需要更高水平的专业经验。他们声称把司法权扩展到高等法院其他法庭或是郡法院会对相关法律的运行带来严重后果。但是这些主张并没有在两次世界大战中出现的大量的离婚案件中得到支持。两次世界大战期间，更多的离婚案件是由巡回审判庭的普通法法官、伦敦和其他法庭中的管理离婚的政府特派员（包括郡法院的法官）审理的。

在管辖权方面，也没有一个普遍适用的原则可以统领不同法院对家庭纠纷案件的管辖问题。治安法官可以管辖以下案件，例如，在一些亲子关系诉讼中，裁判某男子为非婚生子女的父亲，并命令他为该子女支付抚养费；裁判地方当局承担对某位儿童的抚养[12]。但是在已婚妇女向丈夫申请经济扶养令的案件中，申请可向高等法院、郡法院或治安法官提起。甚至高等法院也并没有将所有家事纠纷案件的管辖权分配给遗嘱检验、离婚和海事法庭。例如，一些监护权案件由于历史原因仍由高等法院大法官法庭审理；同时高等法院王座法庭处理一些针对治安法官行使家事审判权所作判决的上诉。

1970 年《司法工作法》实施后，家事纠纷处置专业化的步伐不断加快。这表现在两个方面，其一，在机构设置上，英国设立了高等法院家事法庭，专门负责高等法院里迅速增长的家事法案件。几乎每一项家事审判权都授予了这个法庭[13]。基层也逐步推行了其他一些改革，根据 1980 年《治安法院法》（**Magistrates' Courts Act 1980**）[14]，由家事程序法院专门审理家事案件。根据 1984 年《婚姻和家事诉讼法》（**Matrimonial and Family Proceedings Act 1984**）[15]，司法部长可以指定某个郡法院为离婚郡法院，离婚郡法院可处理涉及离婚、婚姻效力等所有婚姻诉讼案件。自 1989 年《儿童法》后，英国现行的家事法系统得以完全建立。其二，在诉讼程序方面，2003 年《法院法》（**Courts Act 2003**）[16]第 75-81 条还专门规定了“家事程序规则及操作指南”，就家事程序规则的制定做

了专门规定。此后，英国相继颁布了2005年《家事程序（收养）规则》[17]，2010年《家事程序规则》[18]以及2010年《家事程序（民事结合：保留诉讼）规则》，为家事纠纷处置的专业化进一步铺平了道路。

（二）家事纠纷中儿童权利保护不断深化

在英国家事审判体制的变迁中，越来越关注儿童权利的保障和实现。1958年《婚姻诉讼程序（儿童）法》（*Matrimonial Proceedings (Children) Act 1958*）规定，除非法官认为对抚养子女的安排令人满意或在现有条件下已是最好的，否则不能做出绝对生效的离婚或婚姻无效的裁定。此后，在家事案件审理中，创设了“儿童安排”司法制度。即丈夫和妻子在取得绝对生效的离婚判决前，不再需要在司法官员前取得暂不生效的离婚判决，但是他们仍须提交一份有关子女安排的声明登记备案，而且申请人必须参加法官专门为审查儿童抚养计划而安排的开庭。但儿童安排制度的成效并不显著。1989年《儿童法》废除了这一制度，该法规定，父母仍必须出示所作安排的书面声明，法院不再审查这一安排是否“令人满意”，而是案件事实是否要求法院干预父母做出的这种安排[19]。1996年《家庭法》进一步明确规定，离婚应以“子女受到最小伤害”结束，目的在于促使相关当事人与子女尽可能保持一种良好的关系[20]

2001年4月，根据2000年《刑事司法和法院服务法》（*Criminal Justice and Court Services Act 2000*），英国设立了儿童和家事法庭咨询支持服务署（*CAFCASS*）（以下简称CAFCASS）。政府整合了以前由感化服务署、地方管理的诉讼监护人和报告官服务署以及最高法院官方律师儿童部这三个部门提供的服务，以便更灵活地运用各种资源，充分保护儿童权利。CAFCASS主要工作包括：保护儿童利益，给家事法庭提出建议，为即将出庭的儿童做好准备，为儿童及其家庭提供信息、建议及支持[21]。这些立法上的变化以及机构的整合充分展现了英国在家事案件审判体制变革中，不断深化了保护儿童权利的工作理念，逐步完善保护儿童权利的工作制度。

（三）和解调解得到进一步强化

在英国的司法理念中，和解（*Reconciliation*）与调解（*Mediation*）是两个意思相近但并不相同的概念。和解指当事人双方在第三方的协助下进行沟通协商，第三方往往会给双方提供一些涉及专业知识的意见。和解从目的性上考察，是为了挽救婚姻[22]。而调解则强调帮助双方进行沟通，目的是希望双方能以带给各自最小伤害的方式结束这段婚姻[23]。

在英国家事案件审判体制变革中，1974年出版的《单亲家庭费纳报告》对英国社会产生了重大影响。该报告严格区分了被定义为“使疏远的人重新相聚”的和解与调解的不同。按费纳所说，调解主要不是为了实现和解，而是关注“对疏远结果的共同的感觉、合理性认识、协议的过程”。该委员会极力主张，应该鼓励家庭关系破裂的受害者以尽可能和平的方式“结束他们的失败婚姻，并且对他们自己和孩子的将来做出最合理的安排”。[24]该委员会认为，调解能帮助婚姻已经彻底破裂的当事人，并且也可以鼓励父母和子女[25]之间维持良好的关系。相反，虽然和解不断被提及，比如1969年《离婚改革法》[26]曾宣称其目的是促进和解，并把和解作为一项政策目标继续在家事司法立法中做了规定[27]，但《费纳报告》把调解作为更现实的目标的观点得到了更广泛的回应。

1996年《家庭法》明确规定，鼓励在离婚诉讼中进行调解。该法要求[28]法院或其他相关机构必须考虑一项基本原则，即应该鼓励婚姻各方采取一切可行的步骤挽救婚姻。在英国，调解可分为庭外调解和庭上调解。法院进行的调解旨在鼓励双方就离婚后的经济后果达成一致。调解曾被认为是违背了司法的传统工作，但在2000年得以正式采用，并且新的条例提供了一个综合性程序来处理离婚的经济后果[29]。由此，调解已成为家事案件审判体制中不可分割的一部分。

三、现代英国家事案件审判体制的现状与评析

（一）现代英国家事案件审判体制的现状

现代英国家事案件审判体制在法院系统内主要由三级构成：一是家事程序法院，设在治安法院中，由家庭问题专门小组的三名治安官开庭审理案件[30]，他们可以处理涉及儿童的大多数家事案件，但是不能做出离婚或解除婚姻的判决，或者就婚姻财产做出法令；二是郡法院[31]，郡法院可以审理离婚，家庭财产以及儿童案件。家事程序法院受理的案件如果案情复杂，可以将案件移送郡法院，或者将他们无权处理的案件移交郡法院。三是高等法院家事法庭，由其处理非常复杂的家事案件，以及具有涉外因素的家事案件。

此外，英国还建立了家事案件审判的配套机构：CAFCASS。CAFCASS有三种工作人员。一是家事法庭顾问。这些顾问是在儿童和家庭领域具有丰富经验的社工，主要关注儿童福利，可在父母无法就子女问题达成协议帮助法院。二是儿童诉讼监护人。在一些收养以及保护儿童免受伤害的案件中，法院会指定儿童监护人代表儿童的权利。儿童监护人可委派一名律师与儿童及其家人、以及熟悉该儿童的其他人士进行走访调查，最终由儿童监护人向法庭提出报告，阐述他们认为对儿童最有利的做法。三是家庭支持社工。他们可以帮助家庭和儿童就探视、居住等问题达成协议[32]。CAFCASS在纠纷调解、法庭报告、监督法令实施以及家庭暴力案件中保护儿童安全等方面扮演了重要角色[33][34]。

就调解而言，英国家事法庭的调解实现了调审分离，调解者与审理家事纠纷的法官并非同一人。按照调解者在调解中的作用，调解可分为以下三种。一是最小干预的调解。调解者只帮助双方有效沟通，不干涉调解协议的内容。二是指导性调解。如果调解达成的协议明显不公，那么在这种模式下，调解者可为当事人进行指导，从而影响双方观点，改变不公平的协议内容。三是治疗性干预的调解。在这种模式下，调解者重视双方关系的改善，

解决双方的纷争不是调解重点。三种模式中最常见的是第一种，但这并不是说调解者不会干预双方的调解。比如，大多数调解者都会在调解前召集会议，审查是否存在严重家庭暴力的情形。如果有，则不会进入调解。再如，如果调解者在调解过程中发现一方被另一方利用，那么调解也会终止，调解者将建议双方寻求法律建议。所有的调解者都鼓励双方以尽可能和平的方式结束婚姻，并以子女利益为优先考虑[35]。

（二）现代英国家事案件审判体制的评析

首先，从法院体系看，英国家事案件审判体制在变迁中逐步区分了家事纠纷与其他民事纠纷。以往法官由于审理的民事案件复杂多样，因此较难深入了解家事纠纷的特点，而单独家事法庭的设立以及家事纠纷处置的专业化恰能避免这种弊端。此外，家事法庭在审理过程中也注重相同当事人在不同时间点提出不同诉讼请求时，比如，先提出离婚，离婚后又提出共同财产分割或子女抚养纠纷案件时，保证离婚案件和离婚后财产分割案件由同一法官审理，提高审判效率。英国在处理家事案件中，注重司法资源与社会支持系统相结合，比如 CAFCASS 工作人员的调查往往对家事案件的审理有一定帮助。正如英国大法官加迪纳勋爵（Lord Gardiner）所说：家事案件“……应该由真正懂得家庭问题和知道怎样去解决问题的法官和公职官员在一种和谐的氛围中来处理”。[36]解决过程中，需要综合运用社会学、心理学等多种手段。所以，英国建立专门的家事案件审判体制顺应了家事案件的客观规律，对于提高司法效率，优化司法资源，保护当事人合法权益，促进社会稳定有积极作用，值得我国借鉴。

其次，从配套机制看，英国 CAFCASS 契合了儿童最大利益原则的要求，是落实《儿童权利公约》的重要举措。CAFCASS 主要表现出以下优点：其一，从解决家事诉讼的资源看，CAFCASS 整合了律师、感化服务、报告官等各方资源，能灵活处置家事纠纷案件，最大限度保护儿童利益。其二，从家事诉讼的过程看，CAFCASS 致力于将儿童权利保护工作贯穿于家事诉讼全过程，将家事纠纷审理前的调查与家事纠纷审理中及审理后的监督与审判工作有机结合。其三，从诉讼代理人看，儿童诉讼监护人的立场独立于儿童原有家庭的父母双方，有利于在家事纠纷中加大对儿童权利的保护。

第三，从调解机制看，英国现有法院调解机制实现了调审分离。法庭审判前的调解由调解者主持，即使在审判过程中，如果需要调解，法官会再次安排另一名调解者为双方进行调解。这种制度设计有利于家事案件双方当事人自主自愿调解，从法官的角度看，也有利于消除法官在调解过程中形成的偏见，从而为实现审判的公正提供保障。在以调解者干预程度为标准划分的三种模式中，最常见的是最小干预的调解。这些制度设计都是为了强调当事人的调解程序选择权和程序主导权，值得我们借鉴。但是我们也应注意，在家事诉讼中，仍然强调调解者根据案件事实决定是否有必要终止调解。所以，调解者对家庭暴力的审查以及一方利用另一方的情形的审查仍体现了调解者的主导作用。

四、对我国家事案件审判体制的启示

（一）我国家事案件审判体制的现状和不足

1. 没有专门的家事法庭

从组织机构看，我国没有专门的家事审判机构[37]，基层法院民事审判庭的法官既审理家事案件，又审理其他普通民事案件，在家事纠纷审理的专业性上存在短板。在诉讼程序上看，也没有针对家事纠纷制定专门的程序制度，不能满足当下不断增加的家事纠纷的审理需要，个别法院甚至因为法律没有规定而拒绝受理部分家事纠纷。

从人员配备看，我国大部分地区没有专门的家事案件审判人员。许多法官不愿意做审理家事案件的专门法官，认为家事案件不能体现水平，调解费力不讨好；真正留守家事审判第一线的法官，往往是一些生活经验少、阅历浅的年轻法官（有的甚至还没有结婚）或根据法官接案的情况进行分配，他们对婚姻家庭纠纷的理解和判断难免存在简单化倾向，甚至远离纠纷的本质和真相[38]。

2. 家事纠纷中没有保护儿童权利的配套机构

我国已建立少年法庭，未成年人刑事审判已有较为成熟的经验，但未成年人的民事审判尚处于摸索阶段[39]，未成年人民事审判制度还有待进一步加强。相对英国专门的 CAFCASS 而言，我国没有设置与法院配套的保护家事纠纷中涉案儿童的专门机构。在家事纠纷中，保护儿童权利的工作更多依靠的是妇联以及公益律师等。但是，妇联以及公益律师的介入往往针对的是部分社会反响较大的案件。现有工作框架下，既无一个儿童权利保护的统一机构，又没有为家事审判提供建议以及调查报告的工作机制。诉讼监护人制度也有待进一步完善。家事纠纷中对儿童权利的保护力度还有待加强。

3. 家事纠纷中的法院调解有待完善

调解制度是我国法院审判的一大特点。抗战时期，我国就有著名的马锡五审判方式。2009 年最高人民法院出台的《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》再次强调了调解等纠纷解决机制的重要性。2010 年 8 月《人民调解法》的通过，进一步强化了调解在社会纠纷解决中的重要角色。但是，当下的法院调解机制具有以下特点：“法庭对于调解拥有极大的自由裁量权，它有权对事实定性，然后有权决定是否施行调解，还有权决定是否在调解中采用判决性质的做法。”[40]调解中的法官主导性使调解的指导作用更加凸显，部分当事人迫于法官的压力，参与调解，违背了自愿的调解原则。有学者指出，“当前构建全方位、多维度调解机制的司法实践在很大程度上使得中国法官成为了力图‘抹平’纠纷、消解各方矛盾的‘协调官’”，这种协调官与法官身份的重合“可能在未来导致司法信任的危机”。[41]

(二) 对我国家事案件审判体制的完善建议

1. 建立专门的家事法庭

我国是否要建立专门的家事法庭？“接受外国法律制度的问题并不是一个国家性的问题，而是一个简单明了的合目的性和需要的问题。”[42]我们认为，应该建立专门的家事法庭。原因如下：其一，家事案件持续增长，2010年共审结离婚、抚养、继承等婚姻家庭案件 1428340 件，同比上升 3.45%，约占民事案件的 23.4%。远高出其他类型的民事案件[43]。其二，在我国的司法实践中，已有部分法院开始尝试建立专门的家事合议庭，比如广东中山建立了家事审判合议庭[44]，湖北武汉建立了家事法庭[45]，取得了一定效果。这是家事纠纷处置专门化的有益探索。其三，一些恶性家庭暴力案件引发人们对于家事案件特殊性的深入思考，呼吁有针对性的建立家事法庭[46]。其四，学界关于建立家事法庭的设想也开始被人提[47]。可见无论在司法实践及社会土壤方面，还是在理论上，我国社会已有建立专门的家事法庭的基础。此外，家事案件因其高度人身属性不同于普通民事争议，当事人相互之间的关系较之其他民事争议关系更为复杂，从权利方面，表现出家庭整体性和当事人个体性的统一；在责任义务方面，不但有一般的民事责任义务，而且在一定程度上还要受到伦理家庭道德的制约，这种制约远甚于其他民事纠纷。家事案件还可能由于当事人之间不能达成一致意见，先后多次诉至法院，比如：先诉请离婚，然后是离婚后财产分割，子女抚养，探视等。因此，家庭纠纷本身也要求法官在审理家事纠纷时注重家事纠纷的特点，利用社会学、心理学方面的知识帮助解决纠纷。这就对家事案件审判的专门化提出了要求。

在人员配置上，家事法庭应注重对家事法官进行培训，帮助他们掌握家事案件的特点，保护弱勢方及涉案儿童尽可能少受伤害。同时，建立家事纠纷处置专门小组，充分利用现有的人民陪审员制度，选聘一批具有心理学、社会学或善于调解的长者，逐步实现家事纠纷处置专门化[48]，改变现有法院体制内家事案件法官年轻化的弊端。

2. 家事纠纷中儿童权利保护工作及完善

从我国现实国情出发，建立专门机构保护家事纠纷中的儿童难度太大。可在设立了家事法庭的基层法院基础上，试点建立配套的儿童家事法庭服务办公室，办公室人员的配置可先从学校、社区中具有一定儿童工作基础的老师、善于沟通调解的长者、热心公益的律师中选任一些兼职人员，从家庭支持工作起步，在家事案件中保护儿童权利。其次，建立儿童诉讼监护人制度，在父母因离婚等纠纷矛盾激化不能充分保护儿童权利时，法院可指定办公室中热心的公益律师担任子女的诉讼监护人。第三，在判决执行期间，该办公室可开展探视、居住等相关判决的监督执行工作。第四，在涉及家庭暴力的案件中，办公室可做好相关调查，尽力为儿童提供充分保护，免受家庭暴力的伤害。

3. 完善家事案件调解制度

建议在家事案件中，实行调审分离。由家事纠纷专门小组中有资格的人民陪审员担任调解员，进入调解程序时，注重审查当事人是否有严重的家庭暴力史等情形。调解不成，交由法官及未参与调解的人民陪审员组建的合议庭审理。如在审判过程中发现有调解可能的，可再安排未参加庭审的人民陪审员调解。此外，借鉴英国的最小干预的调解模式，改变现有体制下的法官主导性调解，将调解程序的选择权和控制权交由家事案件的当事人自己。注释：

[1]这里主要介绍英格兰和威尔士的家事案件审判体制的变革情况，不包括英国的其他地区。

[2]凯特·斯丹德利家庭法[M]。屈广清译北京：中国政法大学出版社，2004.9。

[3]1900年，国教会主持的婚礼占到 67.8%，非国教教徒的婚礼占总数的 12.4%，罗马天主教婚礼占 4.1%。在婚姻登记所举行的世俗婚礼，占总数的 15%。See *Sixty-Second Annual Report of the Registrar-General* (1900, Cd. 323)。

[4]余廷满。亲属法原论[M]。北京：法律出版社，2007.175。

[5]周长龄。法律的起源[M]。北京：中国人民公安大学出版社，1997.36。

[6]这里的民事法院主要指与宗教法院相对的世俗法院，也就是普通法法院。

[7]Matrimonial Causes Act 1857. http://en.wikipedia.org/wiki/Matrimonial_Causes_Act_1857,2011-09-19。

[8]See *Matrimonial Causes Act 1857*, s.22。

[9]See *Matrimonial Causes Act 1857*, s.29。

[10]国王代诉人或女王代诉人在离婚及宣布婚姻无效的诉讼中，可根据司法部长的指示介入诉讼，就某些必须澄清的问题进行调查，从而阻止法院签发绝对生效的离婚法令。这种情况常常是由于他们得到了当事人可能捏造事实欺骗法院的线索。

[11]The Administration of Justice Act 1970. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1970/31/part/II/enacted>,2011-09-20。

[12]治安法官审理的案件包括不太严重的刑事案件，涉及未成年人的案件，以及一些家事纠纷案件。

[13]See Ch. 21, SM Cretney, *Family Law in the 20th century: A History*, London: Oxford University Press, 2003。

[14]Magistrates' Courts Act 1980. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/43/section/67>,2011-09-21 该法第 67 条专门规定了家事程序法院。

[15]Matrimonial and Family Proceedings Act 1984. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/42>,2011-09-21。

[16]Courts Act 2003. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/39/part/7,2011-09-24>.

[17]该规则于 2007 年、2008 年、2009 年相继做了修订。

[18]该规则于 2011 年、2012 年相继做了修订。

[19]See Ch. 16, SM Cretney, Family Law in the 20th century: A History, London: Oxford University Press, 2003.

[20]参见英国 1996 年《家庭法》第 1 条。

[21>About Cafcass. http://www.cafcass.gov.uk/about_cafcass.aspx,2011-11-02.

[22]和解在 Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978 第 26 条有专门规定。Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/22,2011-09-21>.

[23]在 Family Law Act 1996 第 13 条对调解做了规定。Family Law Act 1996. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27/section/13,2011-09-21>. 有关和解和调解的区别, 还可参见 Mediation. <http://en.wikipedia.org/wiki/Mediation,2011-09-21>.

[24]Finer Report, para. 4. 305.

[25]Family Law Act 1996,s. 1 (c).

[26]在这方面, 遵循了 Matrimonial Causes Act 1937 该法的目的是“支持婚姻的真相”)和 Matrimonial Causes Act 1963 (一项“促进和解的法”)的规定。

[27]See Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978, a. 26. 要求治安官审理一个婚姻经济令申请时应考虑在各方之间和解的可能性。The Divorce Reform Act 1969 包括了许多程序方法, 试图让和解程序成为离婚程序固定的组成部分: 见 Matrimonial Causes Act 1973, s. 6; SM Cretney and JM Masson, Principles of Family (5th ed., 1990) 第 146-148 页,

[28]See The family law act 1996,s.1 (6). 这(该法所体现的其他“普遍原则”)仅仅适用于该法的第 2 章和第 3 章规定的职能的行使(分别处理离婚和法律援助)。虽然第 2 章并没实施, 但是可以推定这个政策对 Matrimonial Causes Act 1973 中实体法的执行产生了一些影响。

[29]See Family Proceedings (Amendment No.2) Rules 1999.

[30]特殊情况下, 可以只有 2 名治安官审理。三名治安官中由区法官担任审判长, 另 1 人或 2 人由来自家事问题专门小组的陪审员担任。

[31]根据处理家事案件的不同重点, 又可分为三类: 离婚郡法院; 家庭案件审理中心 (Family Hearing Centres), 除了离婚案外, 还可审理私法案件以及收养申请; 照护中心, 其可审理包括一些公法案件的所有涉及家庭事务的案件。Family Proceedings Courts. http://en.wikipedia.org/wiki/Family_Proceedings_Court,2011-09-21.

[32]Children and Family Court Advisory Support Services. <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/advisory-bodies/fjc/family-justice-system/organisations/courts-lawyers-and-cafcass#headingAnchor6,2011-10-20>.

[33]CAFCASS 在 2010-2011 年度共处理了 43759 个有关子女探视、居住、抚养等的案件。根据英国司法部的统计, 2010 年英国家事案件审判体系受理的涉及儿童的私法案件(包括子女探视、居住、抚养等)总共为 122810 件。Court Statistics Quarterly January to March 2011. <http://www.justice.gov.uk/statistics/tribunals,2012-04-01>.

[34]Our performance. http://www.cafcass.gov.uk/about_cafcass/what_we_do/our_performance.aspx,2011-10-20.

[35]See Jonathan Herring, Family Law (5th edition), Pearson Education Limited, 2011, pp. 139-140.

[36]See Official Report (HL) 4 December 1969,vol. 198.

[37]最高人民法院于 2000 年 8 月 8 日启动的机构改革中, 对审判机构的设置进行了调整, 建立大民事格局, 把经济、交通运输纳入民事审判的大类。设立四个民事审判庭, 即专门审理婚姻家庭、人身权利和房产合同纠纷、特别程序案件的民事审判第一庭; 审理法人之间、法人与其他经济组织之间的各类合同及侵权纠纷的民事审判第二庭; 审理著作权、商标权、专利权、技术合同等知识产权案件的民事审判第三庭; 专门审理海事海商案件的民事审判第四庭。最高法院机构改革完成后, 地方各级法院也陆续对内部机构设置进行调整。高、中级法院机构设置, 要与最高法院机构设置相对应。基层法院要从符合全面开展审判工作的实际出发设置机构。见《最高法院进行重大机构改革》、《加快改革进程确保司法公正》, 载 2000 年 8 月 9 日《法制日报》。笔者随后又抽样调查了广东、四川、福建的部分基层法院, 现在民一庭审理的案件也并不只是婚姻家庭案件。

[38]陈爱武. 论家事审判机构之专门化——以家事法院为中心的比较分析[J]. 法律科学, 2012, (1):148-157

[39]最高法院有关人士解析如何推动少年审判机构改革与完善[EB/OL]. 法制网, http://www.legaldaily.com.cn/0801/2009-06/30/content_1116085.htm,2012-04-02.

[40][美]黄宗智. 中国法庭调解的过去和现在[A].清华法学(第 10 辑)[C]. 北京: 清华大学出版社, 2007.64.

[41]艾佳慧. 调解“复兴”: 司法功能与制度后果——从海瑞定理 I 的角度切入[J]. 法制与社会发展,2010,(5):68-80.

[42][德]K·茨威格特, H·克茨. 比较法总论[M].潘汉典等译. 北京: 法律出版社, 2003.24.

[43]2010 年审结的民商事案件有 6112695 件, 数据来自《最高人民法院工作报告》,2011 年 5 月。

[44]广东中山圆满了结该市“家事法庭”第一案[EB/OL]. <http://news.163.com/10/0607/18/68JKHSML000146BC.htm>,2010-06-07.

[45]清官难断家务事, 拟建我市首个“家事法庭”[EB/OL]武汉晨报. <http://hb.qq.com/a/20090317/000019.htm>,2011-09-21.

[46] 反对家庭暴力, 呼唤“家事法庭”[EB/OL]. 兰州晨报. <http://news.sina.com.cn/o/2010-05-24/200317557222s.shtml>,2011-09-21.

[47]如蒋月. 家事审判制: 家事诉讼程序与家事法庭[J]. 甘肃政法学院学报, 2008, (1); 孙晓茹日本家事法院及其对我国的启示[J]. 比较法研究, 2008, (3); 陈爱武. 家事法院制度研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2010.

[48]江苏徐州市贾江区法院的探索值得肯定, 该法院设立的家事审判合议庭为适应家事纠纷案件审判的特殊要求, 选择了具有丰富的家事纠纷审判经验、社会阅历和人生历练, 年龄优势明显、性格温和、调解经验丰富的合议庭法官和辅助人员。同时配备至少两名符合上述条件的女法官作为合议庭固定成员。现在家事审判合议庭由两位审判员、一位助理审判员、两位人民陪审员(一位为中学教师、心理咨询师, 另一位为成人培训中心讲师)组成, 并聘请贾汪区妇联副主席为家事审判合议庭的特邀调解员。高其才. 家事纠纷案件专业化的积极探索[EB/OL]. <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=55368>,2012-05-16.

专家建议修改《继承法》明确“口头遗嘱”失效时间 同时——录像遗嘱应合法化

2013年10月30日 法制晚报讯 记者 汪红 实习生 梅双

法制晚报讯(记者 汪红 实习生 梅双)《继承法》应当将录像遗嘱列入遗嘱形式的范围, 以与《民事诉讼法》保持一致。10月26日, 龙翼飞教授在北京市法学会民商法学研究会上提出, 应完善现行《继承法》。

中国人民大学龙翼飞教授介绍, 我国现行《继承法》于1985年颁布, 由于制定于计划经济时代, 受到立法技术上的局限, 使得立法过于原则化, 现在应该与时俱进。

现在人们能够非常方便地使用各种电子设备来记录事件, 并制作成音视频资料, 而视频更能全面地反映遗嘱人的真实意志。《民事诉讼法》已经将“视听资料”列为证据类型的一种, 因此《继承法》应当将录像遗嘱列入遗嘱形式的范围。

此外, 《继承法》还应确认采用打印方式制成的书面遗嘱的效力。对自书遗嘱和代书遗嘱的书写方式, 除用手写方式外还应允许遗嘱人采用打印成纸质的方式, 当然要本人亲笔签名, 并注明年、月、日。

龙翼飞教授提出, 口头遗嘱的使用范围须进行规范。现行《继承法》规定口头遗嘱须在“危急情况”下使用, 而未明确规定“危急情况”的具体种类, 以至司法实践中对“危急情况”的认定标准难掌握。另外, 也没规定口头遗嘱失效时间。

建议《继承法》可以具体规定, 如自然人在遭遇自然灾害、战争、重大交通事故等情况下, 又无法用公证、自书、代书或录音录像形式设立遗嘱的, 可以设立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上的见证人在场见证, 由见证人制成书面记录, 注明年、月、日, 并由见证人签名。

前述“危急情况”解除后, 自遗嘱人能够用其他方式立遗嘱之日起, 经过30日, 口头遗嘱失效, 以便提高设立口头遗嘱规则的可操作性。

彩礼返还纠纷 法律不能缺失

2013年09月25日 四川法制报

即将到来的“十一”国庆长假一向是结婚的高峰期, 而因为彩礼引发的纠纷历来不少, 我国自废除中华民国《六法全书》之后, 婚约就从我国法律规范中消失。直到2004年《最高人民法院关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释》颁布, “彩礼”一词才再出现。但是彩礼返还规则并未完整建立, 出现了大量社会问题, 凸显法律缺失。

9月23日, 自贡市富顺县法院调解了一起因彩礼纠纷引发的离婚案。该县一对90后青年, 因为彩礼认识一周便闪婚。同样因为彩礼, 结婚刚20天就闹离婚。双方亲友也为此大打出手, 拳脚相向。在富顺法院调解下, 这对夫妻最终离婚, 女方退还男方彩礼1万元。

不久前, 江苏卫视《非诚勿扰》节目的男嘉宾鄂皆豪与女嘉宾孙雅莉在节目录制过程中相识, 鄂皆豪为其购买了一台价值4000元的夏普液晶电视以及价值近30万元的宝马轿车一辆。然而不久, 孙雅莉反悔与鄂皆豪结婚。鄂皆豪将孙雅莉告上了法庭。北京市朝阳区法院经审理认为, 原告鄂皆豪为孙雅莉购买的宝马车属贵重物品, 与恋爱期间男女朋友赠送的一般性礼物有区别, 具备彩礼性质, 判处孙雅莉退还原告鄂皆豪车款28万元, 相当于购车款的94%。

资料

彩礼返还的法理依据

有专家指出: 彩礼制度只是一种民俗习惯, 不受法律的强制规范。

但有种法理认为: 彩礼在性质上是属于“附解除条件的赠与”。依据《婚姻法解释(二)》第10条第1款第2项的规定, 如果“双方办理结婚登记手续但确未共同生活的”, 离婚时也应该返还。立法理由是: “如果一直没有共同生活的话, 也就没有夫妻之间相互协助、共同生活的经历。所以, 对双方当事人而言, 法律意义上的婚姻关系虽已成立, 但实质意义上真正的共同生活还没有开始。”

评论

专家：彩礼返还确有必要

由于彩礼的法律性质被确定为“附解除条件的赠与”，因此“当事人一方依照附解除条件的民事法律行为向另一方为给付后，因为附解除条件成就，另一方因受领给付所获得之利益，失去法律上的依据，构成不当得利，应予返还。”

如果离婚或解除非婚同居关系，往往就有彩礼返还纠纷存在，彩礼返还在某种程度上体现着社会公平和社会正义的要求，具有平衡婚嫁双方利益的社会价值。

有专家认为：从另一个角度而言，高额的彩礼给付超过一般家庭的承受能力。男人们在人财两空的情况下，往往心理很难平衡，在正当途径讨还彩礼无望的情况下往往会选择暴力报复，引发犯罪现象，或者因为生活经济的困难走上盗窃抢劫的犯罪道路。基于家庭与社会和谐的要求，有条件地返还彩礼是十分必要的。 张小秀 谢建山

链接

我国彩礼返还纠纷立法缺失

我国最高人民法院公布了《〈婚姻法解释〉（二）》第十条第一款对彩礼返还纠纷进行了规定：当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明了属于以下情形，人民法院应当予以支持：（1）双方未办理结婚登记手续的；（2）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（3）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第（2）（3）项的规定，应当以双方离婚为条件。基于我国的现实情况，该立法规定有不足之处：

首先，彩礼返还请求人和被请求人的法律界定过窄。我国法律规定当事人可以要求返还彩礼，但是在确定婚约财产纠纷案件的彩礼返还请求人时，不仅要考虑婚约合同的当事人，也应适度考虑财产权属问题。婚约不同于合同，因此“合同主体相对性原则”也不应适用于婚姻的缔结关系。同时由于婚约引起的财产纠纷，往往同时涉及婚姻关系当事人的亲属权益，因此应将彩礼返还请求人和被请求人的范围界定应基于个案做“扩大化”的理解。

其次，是否“共同生活”彩礼请求返还方存在举证难的问题。夫妻关系具有特殊性，他人一般只能证明未见同夫妻有共同生活，但不能就此证明没有共同生活。同时，夫妻双方的“共同生活”的理解除了比较容易界定的“共同居住”，“经济融合”外，还包括了“夫妻的性生活”，“夫妻共同的精神生活”，“夫妻的相互协助”。是否具有“夫妻的性生活”，“夫妻共同的精神生活”，“夫妻的相互协助”这三方面具有很强的私密性，要想基于以上理由证明共同生活很容易，但举证没有共同生活却非常困难。

最后，诉讼时效的计算在实践中难于操作。在现实生活中，如何计算返还彩礼的诉讼时效相当复杂。一般认为，对于有关彩礼的请求权的保护，适用普通的诉讼时效，即两年。根据《民法通则》的规定，权利受到侵害，从当事人知道或者应当知道之日起计算，但由于彩礼返还纠纷案件具体情形多样，司法解释应进行更详细的界定。

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第一期

2013 年 11 月 16 日 中国私法网 责任编辑 刘胤宏

开幕式

主持人：中国法学会婚姻法学研究会常务副会长龙翼飞教授

致辞嘉宾：

林中梁（中国法学会党组成员、秘书长）

刘茂林（中南财经政法大学副校长）

巫昌桢（中国法学会婚姻法学研究会名誉会长）

夏吟兰（中国法学会婚姻法学研究会会长）

龙翼飞教授：

各位领导、嘉宾：

大家上午好！今天我们在风和日丽的江城武汉召开中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会。我们得到了中国法学会、湖北省法学会对这次会议的大力支持，得到了中南财经政法大学法学院、湖北省法学会、湖北警官学院对此次会议的大力支持，让我们对上述领导机构和承办单位表示感谢。

下面请允许我介绍出席此次会议的领导嘉宾。他们是中国法学会秘书长林中梁同志，湖北省法学会常务副会长彭方明同志，中南财经政法大学副校长刘茂林教授，中国法学会婚姻法学研究会名誉会长巫昌桢教授，中国法学会婚姻法学研究会会长夏吟兰教授，特别介绍中国法学会婚姻法学研究会副会长、湖北警官学院院长曹诗权教授，以及马忆南教授、蒋月娥老师、陈苇教授、李明舜教授、薛宁兰教授、郭兵院长、王歌雅教授、扈纪华主任、蒋月教授、程新文庭长、张学军教授、穆红玉庭长。我们向出席此次会议的所有嘉宾表示热烈的欢迎和衷心的感谢，同时更感谢各位理事出席我们的会议，与我们一起分享 2013 年度的研究成果。

下面我们首先有请中国法学会秘书长林中梁同志发表讲话。

林中梁秘书长：

各位领导、专家同志们，在这天高云淡、望断南飞雁的金秋时节，中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会今天在著名的江城武汉召开。这是我国婚姻家庭法学法律界一年一度的重要盛会。我很高兴应邀出席这次会议，在此我首先代表中国法学会对本届年会的召开表示热烈的祝贺，对出席会议的所有同志表示诚挚的问候，对此次会议大力支持的中南财经政法大学、湖北省法学会和湖北警官学院表示衷心的感谢。

中国法学会婚姻法学研究会在会长夏吟兰教授和常务副会长龙翼飞教授的带领下，在巫昌祯等老前辈的支持下，根据中国法学会的部署和要求奋发有为、开拓创新，各项工作取得了新的进展，特别是在以下四个方面取得了令人欣喜的成绩。一是在婚姻家庭法学研究方面成果卓著。在过去的一年中，研究会的会员和理事们不仅出版了一批体系新颖、见解独到的教材专著；而且发表了很多原创性强、普见学术功力的学术论文；在包括国家社科基金项目在内的各种课题项目申报中，也多有斩获。二是在加强社会服务方面领域有所拓宽。研究会的会员和理事们在继续积极参与国家和地方立法的同时，进一步加强同法院、民政部门、妇联组织以及其他社会组织的联系和合作，开展了很多具有创新性的工作。三是弘扬社会主义家庭美德方面贡献突出。研究会的会员和理事们利用自身的学术专长，不仅在自己的著述和教学中传播正确的婚姻家庭观念，而且利用多种社会媒体弘扬社会主义家庭美德，为家庭稳定、社会和谐做出了应有的贡献。四是研究会自身建设不断加强。通过进行本会的民政部社团登记工作完善了章程、发展了会员，加强了自身的组织建设。总之，在过去的一年里，婚姻家庭法学会的工作确实体现了新的思路，取得了新的成绩，开拓了新的领域，创造了新的平台，为社会做出了新的贡献。在此我对研究会取得的新成就表示由衷地赞赏，为各位专家学者的辛勤工作表示崇高的敬意。同时也对研究会今后的工作提出以下四点希望。第一，希望认真学习和全面贯彻党的十八大以来的党中央的一系列战略部署。党的十八大将全面推进依法治国提升到新的战略高度。以习近平同志为总书记的新一届中央领导集体，高度重视我国的法制建设，提出了一系列新思想、新观点、新论断，这对法学研究和法学会的工作提出了新的更高的要求。我们要认真学习和全面贯彻落实党中央的一系列的战略部署，坚定道路至先、理论至先、制度至先，不断增强广大法律工作者对中国特色社会主义的理论认同、思想认同和情感认同，进一步增强作社会主义特色事业的建设者、捍卫者的自觉性和主动性，并进一步提高能力和水平；要更加自觉的将婚姻家庭法学研究会的工作置于全面建设小康社会总体布局中进行谋划；始终坚持围绕中心，服务大局，按照维护社会和谐稳定，促进社会公平正义，保障人民安居乐业，服务经济社会又好又快发展的总要求，团结引领婚姻家庭法学法律工作者更加自觉的积极参与法制中国、平安中国建设。第二，希望继续坚持正确的研究方向。推动和繁荣婚姻家庭法学研究，既要重视有关婚姻家庭法制的基础理论问题，也要把群众关心、中央关注、当前最迫切需要解决的婚姻家庭中的重大理论和现实问题作为日常研究、特别是年会研究的重点。并不断根据形势发展和任务变化，确定新的研究方向，积极为婚姻家庭法律制度提供法学理论支持，要重点组织推出一批体现时代特征、具有重大理论价值和实践价值的婚姻家庭法学学术精品；同时要继续注重以参与相关立法为契机，促进婚姻家庭法学的繁荣，使法学研究和立法活动达到紧密结合。第三，希望充分发挥自身优势，更多更好的服务基层、服务群众，婚姻家庭作为社会最基本的细胞和最普遍的社会关系，与社会的发展变革息息相关。很多问题往往通过婚姻家庭表现出来，这个世界上没有任何人能置身于婚姻家庭之外，没有任何工作不与婚姻家庭工作发生密切关联。因此，在服务基层、服务群众方面，我们婚姻家庭法学研究会及其法学法律工作者有着独特的优势和特殊的职责。法治国家建设的重点和难点在继承，转型期大量矛盾和纠纷也聚集在继承，婚姻家庭法学研究会要深入基层、深入群众、深入一线，主动开展广泛深入的法律服务，主动参与社会管理和社会矛盾化解，使我们的工作更接地气、更有实效。要发扬优良传统，进一步建立和完善同新闻媒体的联系与合作机制，经常与报纸、电视台、电台、网站进行合作，配合我国婚姻家庭法制建设，开展多种形式的宣传活动。积极倡导积极向上的家庭价值取向，平等和谐的家庭关系，民主协商的家庭氛围，为构建家庭成员之间，家庭与社会之间，家庭与自然之间和谐相处的文明家庭新模式提供理论和舆论支持。努力营造有利于婚姻家庭发展的良好的社会环境。第四，希望进一步加强研究会自身建设，为广大法学法律工作者做好支持服务工作，法学会是全国法学法律工作者的群众组织，坚持以法学法律工作者为本，发挥好党和政府联系法学法律工作者的桥梁纽带作用。在服务中实现团结引领，在服务中培养教学人才，是法学会工作的出发点和落脚点。希望婚姻家庭法学研究会积极搭建平台、创造条件，为婚姻家庭法学法律专家履行社会职责，实现社会抱负，以专业智慧报效社会提供广阔舞台。要推动促进婚姻家庭法学人才的培育成长，为优秀人才特别是青年优秀人才的脱颖而出创造条件；要加强与婚姻家庭法学法律工作者的思想沟通、情感交流和工作联系，倾听他们的心声，反映他们的意见和建议，汇聚正能量，努力把更多的婚姻家庭法学法律工作者团结在法学会周围，把大家建言献策的热情引导到服务法制事件，参与法治国家建设上来，努力把婚姻法法律工作者队伍引领好、建设好。

同志们，党和国家高度重视法学会工作和法学研究事业。习近平总书记等党和国家领导人已经决定亲自出席即将在本月底召开的中国法学会第七次全国会员代表大会，总书记还将亲自发表讲话。让我们紧密的团结在以习近平总书记为总书记的党中央周围，发扬求真务实、开拓进取的优良作风。围绕中心、服务大局、振奋精神、加倍努力，进一步开创婚姻家庭法学研究的新局面，为实现中华民族伟大复兴的中国梦作出新的、更大的贡献。

最后，预祝会议圆满成功！谢谢大家！

龙翼飞教授：

各位理事，如果大家连续地参加了我们婚姻法学会年会的话应该记得，林秘书长是四次参加我们年会，并且给我们协会的研究活动和事业发展给与指导的中国法学会领导，应该说这是空前的。让我们再次以热烈的掌声对林秘书长对我们研究会的关心与支持，以及给我们提出的四点殷切期望表示衷心的感谢！

下面我们有请中南财经政法大学副校长刘茂林教授致辞。

刘茂林教授：

主持人好。尊敬的巫昌祯教授、林中梁秘书长、夏吟兰会长以及各位专家学者，欢迎你们来到中南财经政法大学出席本次婚姻法年会。中南财经政法大学在过去的发展--特别是法学学科的发展之中，得到了与会各位专家及所在学校、单位的大力支持。

值此会议召开之际，我借机向各位与会代表简要地把我们学校的办学情况给大家做一个汇报。中南财经政法大学的前身是 1948 年成立的中原大学，是由邓小平、刘伯承、陈毅领导的中原军创建的。随着解放大军的南下，它先后从河南的宝丰县迁至开封，最后扎根落脚于江城武汉。1953 年院系调整的时候以中原大学的政法学院为基础，荟萃中南地区一些著名高校的法学院系组建了中南政法学院；以中原大学的财经学院为基础，汇聚了中南地区部分大学的财经院系组建了中南财经学院。到 1958 年中原大学和中南政法学院又合并组建了湖北大学，过去我们所说的湖北大学是由中南政法学院和中南财经学院联合组成的。文革期间高等教育受到了严重的影响，湖北大学被撤销，改为湖北财经学校来继续培养财经政法人才。在 1977 年高考恢复的时候，湖北财经专科学校开始招收本科生。当时的湖北财经专科学校是中国恢复高考以后招收法学本科生的三个学校之一，这三个学校是北京大学、吉林大学和我们学校。后来湖北财经专科学校又改名为湖北财经学院，到了 1984 年司法部批准以湖北财经学院的法律系为基础，成立中南政法学院。应该说中南政法学院是五所政法学院里面恢复得最好的一所学校。从这开始，一直到 2000 年，中南政法学院办了十五年，改革的时候又与我们同根同源的中南财经大学合并组建了今天的中南财经政法大学，这是它发展的历史状况。中南财经政法大学目前有 9 个学科，其中经济学、法学和管理学是我们的主干学科，正是在这个意义上我们把学校定义为人文社科类大学。除此之外我们还有文、史、哲、理工、艺术等专业，目前在校的学生人数中本科生是两万人，大概每年招收五千名本科生。学校目前拥有教师 1600 名，学校的办学体系比较完善，经济学、法学、管理学在全国具有一定的影响。我们目前有 5 个国家级重点学科，包含民商法学、理论经济学、应用经济学等。拥有 15 个一级学科硕士学位授权点，86 个二级学科硕士学位授权点，6 个一级学科博士学位授权点，50 个二级学科博士学位授权点，5 个博士后流动站，以及 15 个专业硕士学位授权点。在教育部的大力支持下，我们学校在本科人才培养、改革方面做了一些积极踊跃的探索，大家可以从我们学校的网站上去作进一步的了解。我们学校还是教育部重点建设的“211 工程”，“985 工程”优势学科创新平台项目重点建设高校之一。在去年，教育部、财政部和湖北省人民政府联合共建我们学校，使其进入了一个新的发展机遇期。学校的基本定位是培养复合型、应用型人才，在人才培养方面我们曾经也造就了一批有一定影响的法律人才和财经管理人才。目前学校定位为要建设研究型的、高水平的人文社科大学，这是我们的愿景。感谢各位代表、嘉宾、专家学者一直以来对我们学校的支持和关注，同时希望大家一如既往的支持我们学校。

婚姻法是我们社会主义法律体系中一个重要的部门法律，在法律体系中占有非常重要的地位，从事婚姻法的教育或者教学对推动有关领域的法制建设发挥着重要的作用。刚才林秘书长向大家提出了四点要求，我非常赞同法学会领导的意见。同时建议我们参会的本校老师多向参会的代表学习交流，把会议取得的成果带到课堂上去，帮助我们在人才培养方面做一些提升。在我们研究婚姻法的同时，老师们要更关注婚姻法的教学，这是我的一点建议。

最后预祝会议取得圆满成功，希望与会的各位代表、专家学者在武汉期间心情愉快，同时也建议大家在夜幕降临的时候到学校走走看看。谢谢大家！

龙翼飞教授：

刘茂林校长是中国法学会副会长，他是从宪法的角度来关注婚姻家庭问题，关注公民的基本权利，这也是刘茂林教授一贯坚持的理念。我们也特别期待宪法学刘茂林教授继续关注婚姻家庭研究，继续支持婚姻家庭法学团队的成长，再次谢谢刘茂林教授！

现在有请巫昌祯教授致辞。

巫昌祯教授：

各位代表，大家好！我想简单地谈谈我的意见。刚才林中梁秘书长已经对婚姻家庭研究会去年的成就和今后的努力方向提出很多宝贵的意见，我希望研究会能够很好地贯彻。我比较注重新情况、新挑战，所以从这个方面出发，提出几个我认为值得考虑的问题。首先，婚姻的缔结应该理智，避免一见钟情。一见钟情不是一个好的开端。有的人同日认识、同日结婚，有的人同日结婚、同日离婚，所以在择偶的时候需要慎重、理智。第二，结婚以后重在经营。结婚的前后是两个不同的阶段，双方在结婚前后的表现会产生差异，婚后双方缺点的暴露可能会导致离婚。有的人同日离婚、同日复婚，离婚时不理智，事后后悔不已，经劝导后与对方复婚，这再次说明择偶时需要慎重、理智。婚姻重在经营，在这方面我们做得还不够。前苏联有新婚夫妇夜大学，只有考试合格过后才能够获得批准结婚。我国法院现在在处理离婚案件的时候也采用类似的方式，让离婚的夫妇明确离婚的原因，防止在离婚率提高的同时复婚率也上升。复婚率上升使得 70% 婚姻得以挽回。第三，离婚重在珍惜。现在的婚姻不

同于过去父母包办的婚姻，五十年代以后基本上都是自愿结婚的，双方在相处的过程中偶尔出现矛盾就打算离婚，不懂得珍惜，离婚以后又后悔不已，这样的人不在少数，有的还要求复婚。婚姻的这三个环节应该好好地掌握。

由于在八十年代后期，第三者问题比较突出，中央批示要处理好婚姻家庭方面的问题，一方面应依靠法律的指引与约束，另一方面应联系道德的指引。婚姻法是贴近人民生活的法律，也是伦理性最强的法律，虽然它涉及财产问题，但是这些财产问题都是由婚姻关系引起的。夫妻之间除了财产关系之外，还有人身关系，双方需要互相扶养、照顾，因此婚姻关系不同于一般的财产关系。今年夏吟兰同志的一位研究生写的一篇文章非常好，当中提到婚姻是感情的交易体。婚姻也涉及交易与公平，但它是感情的交易体，含有夫妻之情。中央在批示中还指出，家庭事务处理不好则影响社会安定，和谐社会建设得不到保障。这是个很现实的问题，中央在八十年代后期提出这一批示是具有针对性的。因此，我们需要从两个方面进行努力，一是在法律方面要贯彻，二是在道德方面要倡导。我提出一个数据，希望大家多加注意。去年，公安大学有一位教授在电视上公开宣布，当前凶杀案类别前三位分别是情杀、仇杀和财杀。情杀在很多情况下都是激情杀人，行为人事先并无预谋，只是当时意识不清醒而实施了杀人行为。我最近听到一个令我震惊的消息，一个法律系毕业的学生与其爱人结婚十天后，将其杀死，凶杀案起因是房屋登记问题。这样的婚姻太脆弱了，就连学法律的人也会这么做，实在令人悲观，所以社会应该关注这个问题。现在社会上有很多措施，民政部提出了“和家工程”，上海、长沙等地都推出各种新措施，希望这些措施都能带来好的效果。我们总是希望每一个家庭都像祖国大海中的温馨港湾，不要成为风雨飘摇的小舟，稳定是决定性的因素，所以我们要为实现美好社会、小康社会而努力。我今天就说这几点供大家参考。

龙翼飞教授：

我们研究会的名誉会长巫昌祯老师是研究会的创始人。巫昌祯老师在她教学和研究生涯中，把绝大部分的心血都放在婚姻家庭法学的研究及人才培养方面。刚才巫老师关注到婚姻家庭法领域的新情况、新问题，对在座的各位理事提出了语重心长的殷切希望，成为各位理事继续进行踏实的法学研究的动力。让我们再次感谢巫老师！

下面有请会长夏吟兰教授作工作报告。

夏吟兰教授：

尊敬的林中梁秘书长、尊敬的巫昌祯名誉会长、各位理事、各位会员，大家上午好！今天我们非常高兴在历史文化名城、中国教育重镇武汉，在中国法学教育的名校中南财经政法大学举办中国法学会婚姻家庭法学会研究会 2013 年年会。林中梁秘书长连续四年不辞辛苦亲自在年会上为我们讲话，给我们鼓舞，为我们加油，所以我提议各位再次以热烈的掌声感谢林中梁秘书长以及研究部的王小红处长，谢谢他们！刚才林秘书长给我们提出了四点殷切的希望，我们将会认真地贯彻落实。同时，我代表学会衷心感谢中南财经政法大学、湖北警官学院，感谢曹诗权院长以及会务组所有老师和同学们，感谢你们对于会议的召开所给予的鼎力支持、周密的安排以及所付出的辛勤的工作，谢谢你们！

本次年会依照中央节俭办会的精神，我们简化程序、凝练主题、注重实效。以前年会举办一天半，我们将本次年会浓缩为一天，减短时间但是不减少会议的内容，所以今天会比较辛苦。年会共有四个单元的论坛，而且我们非常希望这次能够为青年学者搭建一个讲台，希望他们能够深入研究、潜心向学，尽快脱颖而出，因此本次年会设立一个青年学者论坛，这也算是一个创新吧，希望青年学者能够与我们分享他们的研究成果。

2012 至 2013 年度婚姻法学会在中国法学会的领导和支持下，在名誉会长巫昌祯教授、杨大文教授、各位顾问以及老前辈的支持下，以组织学会学术研究、推动法学研究成果为中心，在法学理论研究、参与立法、加强社会服务以及弘扬社会主义家庭美德方面取得了显著的成果。我们主要做了以下工作。第一，组织学术评奖以及课题的申报工作。我们参加了中国法学会十大青年法学家的评选、“董必武青年法学成果奖”的评选、民政部婚姻家庭政策理论研究的课题申报以及中国法学会的课题申报。第二，组织编写法学与法律教育及学术著作。我们作为组织者，主要做了以下的工作。我们和中国社工协会合作，组织编写并已出版了《家和宝典之婚姻家庭法律指南》；和最高人民法院合作，组织编写并即将出版《婚姻家庭法案例教程》。我们和西南政法大学合作举办的“中国继承法修改热点难点问题研讨会”的论文集也已经出版了。我们还与厦门大学合作并已开始组织编写“家事法评注系列丛书”，希望各位理事和会员能够积极参与。第三，筹备与组织年会。2012 年 10 月我们在大连的辽宁师范大学法学院，特别是在丁慧院长的大力支持下，组织了一次规模空前隆重盛大、成果丰富、令人印象深刻的年会。今年的年会在中南财经政法大学和湖北警官学院的大力支持下，在曹院长的精心设计上，一定也能办成一个学术观点荟萃、学术成果丰硕、推动理论界和实务界沟通对话的学术年会。第四，组织编辑印刷学会的论文集和出版学会的年刊《家事法研究》。今年学会的秘书处和会务组共组织征集了学术论文大约八十余篇，并且精心编辑印刷了论文集。今年的《家事法研究》由副会长王歌雅担任执行主编，她精心地组织、认真地编辑，并作了非常精彩的点评，为大家奉献了一道内容丰富翔实、格调清新典雅的文化大餐，希望大家认真品味。另外，我也希望所有的会员理事支持我们自己学会的刊物，这个刊物就像我们大家共同的孩子，希望大家能给他最好的食粮，让他能够健康、茁壮地成长。第五，积极参加家事法的立法活动，弘扬家庭美德。研究会的理事与会员们今年继续参加国家与地方立法，进一步加强与法院、民政部门、妇联组织、律师协会以及其它社会组织的联系与合作，继续推动《家庭暴力法》、《家庭教育法》等法律法规的立法研讨工作。我想在此提一下，《收养法》和《婚姻登记条例》现在都开始有修法的动向，希望各位理事和会员能够积极参与立法活动。第六，继续履行在民政部社团登记工作的

具体程序。民政部的社团登记工作的手续比较繁杂，而且要求极其严格，秘书处尽职尽责，做了大量的工作，但是我们还没有完成这个程序，因此我们还会继续按照民政部和法学学会的各项要求，尽快完成在民政部的社团登记工作。2013-2014年度婚姻法学研究会要在中国法学学会的领导下，认真学习和全面贯彻落实党的十八大和十八届三中全会的精神，进一步增强婚姻家庭法学法律工作者在“建设法治中国、平安中国”中的使命感和责任感，充分发挥研究会在婚姻家庭法学研究与法学教育中的团结引领作用。研究会要以组织家事法评注丛书的写作为契机，重点组织推出一批体现时代特征，具有重大理论价值和实践价值的婚姻家庭法学的学术精品。同时，研究会要继续注重参与相关立法、司法活动，使法学研究与立法活动、司法实践、社会服务真正达到紧密的结合。研究会要抓住教育部卓越法律人才培养计划的机会，加强沟通与研讨，加强家事课程群的建设，吸收和培养更多优秀的婚姻家庭法学的理论和实务人才，研究会要加强对家庭传统美德的研究，坚持婚姻家庭法的伦理性价值，抵制婚姻家庭关系的商品化以及市场经济规则对婚姻家庭关系的冲击与侵蚀，为富有婚姻家庭关系的正能量做好宣传、教育、普及和研究工作。

同志们，今天是一个特殊的日子，党的十八届三中全会在今天召开。三十五年前，十一届三中全会开启了中国改革开放的序幕，并且成为中华民族以及中国法律再次复兴的起点。今天，以习近平同志为核心的新一代中央领导集体召开的党的十八届三中全会必将引领中国的改革开放再次扬帆起航。中华法系的发展与复兴是我们法律人的中国梦，我们将竭尽所能为这一远大的中国梦想而努力奋斗，谢谢大家！

龙翼飞教授：

各位理事，中国法学学会婚姻法学研究会在巫昌祯教授和老一辈法学家的辛勤培育以及在座的中青年法学家的奋斗参与下，已经走过了三十几年的发展历程，它已经成为一个壮年的法学会。在这个发展过程中，我们所付出的努力对社会、对国家、对人民都是有益的。因此，开幕式结束以后，我们将进行新一年度研究成果的互相分享、学习和探讨。我们也相信，在开幕式之后，各位老师、专家学者都会把自己的心得体会在我们的会议上进行很好的交流。我们的学会一直秉持着“开放世界、传承学术、创新学术、服务人民、造福社会”的理念去进行法学研究，我们学会的各项工作在各位的共同努力下会有更好的发展。

开幕式到此结束，再次感谢大家！

文字整理：张亚娇、欧燕、刘胤宏、陈雪仪、杨舸帆、刘庆国、朱庆华、陈丹

本文稿未经演讲者审核。

中国法学学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第二期 监护制度专题研讨

2013 年 11 月 25 日 中国私法网 责任编辑 刘胤宏

监护制度专题研讨

主持人：中国法学学会婚姻法学研究会副会长、黑龙江大学法学院王歌雅教授

发言人：

蒋月（厦门大学法学院）

李霞（山东大学法学院）

熊金才（汕头大学法学院）

吴国平（福建江夏学院）

刘淑芬（贵州大学法学院）

评议人：

陈苇（中国法学学会婚姻法学研究会副会长）

王丽萍（山东大学法学院）

王歌雅教授：

本次年会的首场论坛将以监护制度的研究专题拉开序幕，本场论坛的主题发言人有五位，他们分别是蒋月教授、李霞教授、熊金才教授、吴国平教授、刘淑芬教授。他们将从宏观中国、微观思考的视野关注监护制度的演讲，也将从比较法的视角、理论与实际联系的视野来关注监护立法的热点和难点。让我们共同来感受和关注监护制度的研究。下面我们有请第一位发言人厦门大学法学院的蒋月教授。

蒋月教授：

各位同行，大家早上好！非常高兴有机会来到美丽的武汉、来到中南财经政法大学来出席婚姻家庭法研究会 2013 年的年会。当然，作为婚姻家庭法研究会的成员这也是我工作，所以我应该要尽自己所能把义务和责任履行好。

我今天报告的题目是《论儿童、家庭和国家之关系》，这是我主持的国家社科基金项目《中国婚姻家庭法的传统与现代化》研究过程中自己的一些探索。本次年会论文集的前几篇，已经把近几年关于儿童保护不力造成儿童死亡的几个特别典型的事例做了一个提示。那么，关于儿童的保护应该怎么做呢？中国现在处在社会转型时期，在不同的利益群体的分化和分歧过程中，儿童保护问题就显得特别重要。我今天的发言主要讲三个方面：第一，究竟儿童是谁？这个问题本来是不用问的。但是，从我们的现实生活来看，儿童的权利保护做得并不足够。那么

我们要重新去问“究竟儿童是谁”。儿童是一个家庭成员，所以家庭关系中的成年人当然对他们负有责任；儿童也是社会当中平等的一员，所以社会的其他机构主体也要对他们承担责任；儿童是国家和民族的未来，所以作为国家和政府要承担义不容辞的责任。在世界范围内，有关儿童保护问题大多是在第二次世界大战的儿童权利保护运动等对儿童权利保护提出的一些新要求 and 新的价值理念。相对而言，我个人认为，我国对“儿童究竟是什么样的人，我们的保护究竟应该达到什么样的水平”的研究，无论是在我国目前的公共政策中，还是《婚姻法》中，都需要进一步进行探讨。“儿童是权利的主体，是社会中的平等一员，也是家庭中平等的一员，”这一点在我们所有的公共政策中都非常明确；但事实上，如何使儿童在参与整个家庭生活的民主管理与发展规划过程中，和父母形成一种平等的互动，如何更好的把儿童这样一个群体来客观科学的加以看待和认识，在目前来说，我个人认为还是不足的。第二，儿童和家庭之间究竟是什么样的关系？我个人认为，我国目前的《婚姻法》对此鉴定得比较清楚：儿童是父母的孩子，即未成年人是父母的未成年子女。所以，我们对父母提出了非常明确的要求：父母有抚养教育子女的权利和义务。事实上从近代以来，每一个个体都是独立的个体，这是个体自由运动和个体平等的近代法的价值观，就使得父母和儿童是平等的主体。这种价值观是没有任何争议的。因而我们要认识到，父母虽然是孩子的父母，孩子虽然是父母的孩子，但他们是不同的利益群体；他们并不会在有的时候、所有的事情上达到利益的一致。就像论文集的第一篇论文中提示的两个事例[1]，第一个事例可以用来说明我们的公共政策没有尽责，第二个事例则说明在家庭中，父母和孩子是不同的利益主体，他们的利益没有一致。所以，当父母不履行他们应该履行的义务而实施了不法行为时，父母和孩子的利益取向便是不一致的。即使是合法的行为，如大规模的农民工进城，虽主要是为了给自己的孩子创造更好的物质生活和未来发展的条件，但在这个过程中，他们的利益和孩子并不一定是一致的。因而，父母在履行抚养孩子的义务过程中的价值观与孩子的利益取向不一致，所以导致在实施行为选择的时候，父母和孩子的行为本身是朝着不同的方向的，没有交集和重合，最终导致的结果可能是利益不协调或父母和儿童利益发生冲突。此时，我们国家的公共政策或《婚姻法》应如何去做？我们不能够完全要求每一个父母都一定会做到法律所要求的那样，虽然信赖父母对自己孩子的爱 and 责任的履行是理所当然的；但事实上，随着多元化的发展，随着个体利益追求的不断增加，父母和子女的利益的冲突在父母履行抚养子女义务的过程中就会加剧。所以，我们不仅应从家庭法方面来思考儿童监护问题，还应该有更多其他方面的思考。我国目前的法律和公共政策缺少对儿童和父母利益冲突的解决办法。第三，儿童和国家是什么关系？儿童是祖国的未来、民族的希望。随着中国对外经济的不断发展，我们现代人收益很多，但收益更多的应该是我们的儿童--未来国家社会的主人。所以在这一点上，我们要检讨国家作为大家庭的家长在儿童权利保护过程中，有没有更好地履行其应尽的职责。当然，我们有《未成年人保护法》对未成年人的保护提出了更重要求，对其他社会主体提出了应尽责任。但实践中仍然发生了一些对儿童保护不利，甚至是儿童受到严重伤害或死亡的事件。我个人认为，无论是在儿童的受教育权没有受到良好实现的情形，如儿童辍学，还是儿童的物质条件没有得到应有保障以及其他情形，如儿童被性侵等，我们不仅要追究没有履行法律义务的家长和监护人的责任，同时也要思考在家长或监护人没有履行义务时另一个应承担替代角色的角色--国家，有没有把责任很好的承担和替代起来。所以，从这个角度而言，我认为儿童权利保护的社会公共政策应该不仅是家庭法，还应该跳出家庭法做另外一个层面的思考。因此我建议：希望中国尽快制定《儿童福利法》，在提高儿童保障水平上建立一个全面的顶层制度设计；为每一个责任主体的责任履行，以及儿童的主体权利享有和行使做一个更加完善的制度设计。谢谢各位！

王歌雅教授：

感谢蒋月教授。“人是谁”是一个哲学问题，而“儿童是谁”则是一个法哲学命题。刚才蒋月老师从公共政策、基本人权、以及儿童最佳权益保障的视角给我们带来了她的关注。下面我们有请李霞教授。李霞教授将从比较法的视野和我们探讨有关英美法上的持续性监护制度问题。

李霞教授：

主持人、各位同仁，大家上午好，今天我报告的题目是《英美持续性代理权监督模式的比较》。“英美持续性代理权”在大陆法系国家通常被称为“意定监护”。意定监护人的权限主要有两项：一是财产管理权，一是代理权。而英美法系国家则把其中的代理权独立出来赋予了监护人，所以称为“持续性代理权”，这种持续性代理权中的监督制度是我们目前研究的话题。在中国，监督制度相对是比较受忽略的，因为即使是监护人仍应受到监督，才能正常的维护被监督人的利益。所以监督的必要性是非常重要的，这是我讲到的第一个问题，即必须要进行监督。第二个是美国和英国的持续性代理权中涉及的监督模式问题。美国采取的是私人监督模式，英国则是公权力监督模式。这两种监督模式是不同的。美国私人监督模式的特点主要表现在两个方面：首先监督是事后监督，即监护人在履行代理权过程中引发纠纷时，依据相关机制进行司法审查来进行监督；其次是没有选择法院监督等方法，而是采取赋予利害关系人向法院提请司法审查等非正式的监督方式。英国公权力监督模式的特点主要体现在两个方面：一是创设了公设监护办公室（Office of the Public Guardian）与保护法院（Court of Protection）两个特别机构；二是对监护人所有的监护行为进行全面监督。这两种监督模式有各自的优缺点，即我要讲到的第三个问题，两种监督模式的比较。美国的私人监督模式优缺点均非常突出，其优点是节约司法成本、较好的保护个人隐私以及运行比较灵活、效率高，缺点是比较被动，即在利益受到侵犯后才进行监督。英国的公权力监督模式也是如此，

其优点是事前监督、全程监督，因而对本人的利益保护比较主动且细致周到；缺点是启动成本过大，即国家公权力包括法院在内的介入导致司法及其他资源的动用增加了启动成本。

在介绍完英国和美国的监督模式后，接下来的问题就是我国在监督模式上应如何选择。我认为应对两种模式均进行吸收采纳，然后进行分类。在我国的意定监督中运用私人监督即美国模式，在法定监督中采公权力监督即英国模式。今年7月1日生效的《中华人民共和国老年人权益保障法》第26条规定了老年人监护中的意定监护，但没有规定监督制度，因而我建议在第一部司法解释中参考私人监督模式对法律进行解释和补充。同时应完善我国的法定监护监督制度，吸收参考英国的公权力监护监督模式。我的报告完毕，谢谢大家。

王歌雅教授：

谢谢李霞老师。李霞老师在非常有限的时间内，非常精到地介绍了英国和美国监护监督制度的优劣，也给我们带来了智慧分享，感谢李老师。下面我们有请第三位主题发言人，有请熊金才教授。

熊金才教授：

各位老师上午好，我是汕头大学法学院的熊金才，我报告的题目在论文集的83到90页。我想特别说明一下，这篇论文是我和厦门大学法学院的博士冯源共同专门为这此年会撰写的。因为时间关系，论文中存在一些问题，欢迎大家指正。下面我简要的介绍一下本文的主要观点，包括三个部分。

第一个部分介绍一下本篇论文的三个观点。第一个是亲权与监护二元的观点，本文认为亲权与监护相互联系，但也存在一定差异。从立法演进的过程来看，二者的关系经历了从小监护大亲权到大监护小亲权，以致现在的亲权与监护二元分立的三个阶段。仅就理论而言，亲权与监护的适当分离有助于增进被监护人的利益，经二元分工使得亲权人更加关注满足被监护人的心理健康、人格发展和情感需要。在此情形下，国家通过强化自身的监护责任给未成年人提供与经济社会发展相适应的物质、文化生活条件，有助于保障被监护人的物质需要和经济安全。第二个是监护制度亲权为内，国家监护为外的观点。因而，对于被监护人的监护责任首先应是亲权责任，国家只有在亲权监护不能或无力等情形下才承担补充责任，这是有固定顺序的。第三个是关于国家监护连带责任的观点。国家对监护不力承担的既是补充责任，也是连带责任，在特定情形下是没有先后顺序的。例如，我们将智障儿童或流浪儿童等送到流浪儿童救助中心，但一段时间后这些儿童有可能被送回家或继续流浪，主要原因是其将监护责任推向了家庭，把自己定位为一个后位的、补充的角色上，因而不能再根本上解决问题。

第二部分是国家监护补充连带责任的理论依据。第一，国家监护补充连带责任与社会类型。国家监护制度的发展受社会类型的制约，具有显著的历史局限性。在传统机械产业型社会主要是第一个类型，小监护大亲权；在现在的分工协作型社会，主要是监护与亲权二元分立的状态。第二，国家监护补充连带责任与社会分层和分化。中国近30年来因二元分割的制度设计导致了社会分层与分化，如城乡差距、区域差距等。而城乡二元经济制度和二元社会保障制度双重二元制度使农民、农民工及其子女处于社会保障体系的边缘，导致留守儿童、老人等问题。从这个角度来讲，国家对监护承担责任是它的先行行为引发的义务。第三，国家监护补充责任与社会福利。我在这里想主要谈一下未成年人监护的社会公益性以及社会本位和福利国家的思想，既对国家承担监护责任提供了理论依据，也为经济社会发展奠定了一定的物质基础。

第三部分是对我国未来监护制度的展望，包括四个方面的内容。第一，明确国家监护的补充连带责任；第二，从婚姻法上促成监护与亲权的合理分离；第三，构建国家直接代行监护体系；第四，完善国家监护监督与协助制度。我就说到这里，谢谢大家。

王歌雅教授：

谢谢熊老师。熊老师给我们带来了在亲权和监护二元的格局下，国家和家庭应如何承担监护责任。下面有请吴国平教授，他将和我们分享我国我国监护监督制度的立法完善的思考，有请。

吴国平教授：

主持人、评论人、各位同仁大家上午好。我这次发言的题目是《论我国监护监督制度的立法完善》。监护之监督是民法中监护制度的一项重要内容，但我国现有的民事法律中监护监督的内容还很不完善。这里涉及两个问题，第一，我国法律关于监护监督的规定及其冲突。有关监护监督的问题，在基本法层面主要是《民法通则》第18条第3款的规定，“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格”。除《民法通则》，《未成年人保护法》第53条，《婚姻法》以及《侵权责任法》第9条第2款，最高人民法院《民法通则若干问题的意见》第20条等相关条款也有一些有关监护职责方面的规定。但现有的这些规定并没有设立监护监督的任务，也没有规定监护监督机关和人民法院在裁决之外的监督责任，缺乏对监护人不认真履行监护职责，甚至侵害被监护人人身、财产权益的行为如何进行监督的条款。从理性角度来谈，监护监督制度不仅是法律条文的问题，内容表述也不清晰，既没有明确的监督主体，也没有具体的监督标准等。第二，完善我国监护监督制度的立法构想，这里我想提出七个建议。建议一是改革监护监督体制。大陆法系国家大都建立了监护监督人与监护监督机构的双重监督体制，基于我国监护监督时效性差的情形，我个人建议我国民法典应建立双重监护监督制度。一方面由被监护人的近亲属、朋友或者被监护人父母的亲朋好友担任监护监督人，有利于在最大限度内保护被监护人的利益；另一方面让国家公权力介入监护监督事务，有利于对监护人的监督。建议二是明确监护监督人的范围。我个人认

为，监护监督人的范围可以适当宽一点，包括被监护人的近亲属和亲朋好友或者被监护人父母的亲朋好友。建议三是建立公权力的监护监督机构，参照世界有关国家的立法模式，结合我国实际可以采用监护监督行政机构与监护监督司法机构并存的模式。在立法上，应严格重视监护监督机构的换名，把人民法院和民政部门作为监护监督机关，而将未成年人父母所在单位和未成年人所在地的村委会或者居委会排除在外。建议四是规范监护监督人的思维模式。首先规范监护监督人的产生，明确监护监督人产生的法律条件；其次明确设置监护监督人的法定情形。建议五是明确监护监督的对象是被监护人的父母及其他监护人。监护监督的内容是监督监护人履行监护职责的情况，要从立法上明确监护监督人或者监护监督机构的职责。我在论文中列举了七个方面，具体在论文集的 95-96 页。建议六是明确监护监督的方式与措施。根据我国《民法通则》第 18 条的规定，我国采取的是人民法院事后监督，这种监督方式不利于监督监护人，也并不能防止违法行为。因此我建议建立监护人登记制度，包括设立登记和撤销登记制度；此外，建立被监护人财产登记制度、监护人定期述职制度和监护监督人与监督机构定期走访回访等一系列配套制度，从源头上规范监护行为，并将监护过程和-content 纳入监护监督范畴。最后一点建议是明确不履行监护职责的监护行为的处罚办法和法律责任。具体请大家看论文集，谢谢大家。

王歌雅教授：

谢谢熊金才老师。他从立法的角度对监护监督制度的完善进行了思考，并提出了相应的解决机制。下面有请贵州大学法学院刘淑芬教授，她给我们介绍的是亲职监督制度的思考，大家有请。

刘淑芬教授：

尊敬的老前辈、主持人，各位代表，各位新老朋友，大家上午好。非常荣幸这次年会上把我的论文与代表们分享，也非常感谢本次年会对我论文的关注。我跟前面四位发言人提到的视野有些不同，四位学者有从公权力的角度提出国家对监护制度的补充和连带责任，也有从私权的侵害角度论述的。在这样一个背景下，我在写这篇论文时候做了一个思考，主要基于两个方面。一是社会现实的发展变化。众所周知，改革开放以来，社会主义市场经济渗透到社会生活的方方面面，我们现在的家庭生活更注重怎样把我们的物质基础打牢，家庭成员更加关注怎样使我们的物质基础雄厚，却没有注重关怀和人的培养，以致在社会转型期会出现了一些现状，如留守儿童、隔代监护，成年人的监护，这些方面都是比较缺位的。在我们贵州省有一千万农民工进城打工，这些家庭里百分之六七十都有留守儿童。在这种情形下，法定监护一直处于缺位状态，那么靠什么来补偿呢，就是我们的隔代监护，即爷爷奶奶爷爷奶奶或外公外婆看护，但这不是我们法律意义的监护。另一种隔代监护现象是在城市化日益发展的时期，年轻人都比较喜欢丁克家庭，即结婚之后不要小孩。如果要生孩子，他就会给父母提条件：孩子生下来之后由父母来抚养。爷爷奶奶或外公外婆对孩子看管的隔代监护是越位的，但对精神病人的监护是缺位的，我的思考是基于这样一个背景。二是在理论争鸣的背景下，民法强调将监护制度全部规定在民法典的总则之中。但在婚姻家庭法中认为亲权制度是父母子女关系中非常重要的一部分，因而如何规定监护制度在理论争鸣中还没有定论。综合考虑私权价值以及婚姻家庭法的职责，我写了这篇文章。在我国规定亲职监护是符合三个有利于的。一是有利于理性回归婚姻家庭法，这种理性是由婚姻家庭所具有的亲属身份的特殊性所决定的。二是有利于强化亲属监护的责任，我国作为一个有几千年传统的国家，文化方面强调伦理性；尽管我们的家庭结构在缩小，但我们必须要结合国情，坚持血缘与亲情的监护制度，这样比较符合社会所倡导的和谐稳定。三是有利于保护被监护人应有的合法权益。那么如何构建有中国特色的亲职制度。首先要厘清亲职制度与传统监护制度、亲权制度的区别；其次确定亲职监护制度的主体及其法定顺序，以及特殊情况下的国家补充责任。第三要明确亲职监护的法定内容，主要涉及被监护人的人身和财产两个方面。第四设置亲职监护的监督人。第五明确亲职监护的法律责任。第六是亲职监护诉讼时效的修正。我在论文中从以上六个方面阐述了我的观点，不足之处欢迎大家批评指正。谢谢大家。

王歌雅教授：

谢谢刘老师。随着家庭结构和生育观念的变化，隔代监护已经成为了当代社会的一种现象，如何应对当下社会存在的问题及建构亲职制度，是刘老师带给我们的思考。她的思考实际上是建构在传统和现实文化之间，也体现了对我们传统文化的皈依。五位发言人的发言已经结束，下面有请两位专家进行点评。

陈苇教授：

非常感谢年会给我们发言的机会。在这里我们并不是点评，而是分享一点体会。今年的年会非常注重时效，我和丽萍教授交叉进行，不会重复。我首先对蒋月教授的发言和大家分享一点体会。蒋月教授主要讲了三个问题：一是儿童是谁，儿童是民族的未来，国家有义不容辞的责任；二是两个关系，儿童与家庭的关系，儿童与国家的关系。子女由父母生育出，基于血缘关系和人文感情抚育儿童的责任应由父母承担，但父母和儿童的利益并不是完全一致的。她讲到一个典型的案例：一个三岁儿童饿死在家中，这种利益冲突中国家的责任就应凸现出来，国家作为大家庭的家长应好好管理小家庭的家长。三是选题的重要性，蒋月教授提到了《儿童福利法》的问题，希望引起大家思考。从蒋月教授的发言我体会到一点，即我们在研究家庭抚养责任问题时应如何认识家庭与会保障制度之间的关系，社会保障制度是否为家庭抚养责任的补充，在这方面我们是不是还可以继续研究。谢谢。

王丽萍教授：

我来简单点评一下李霞教授的《英美持续性代理权监督模式的比较》这篇文章。李霞教授这么多年一直从事监护制度的研究，也出版了几本著作，这次提交会议的文章主要比较了英美持续性代理权的监督模式，提出英国

是公权力介入的模式，美国主要是私人监督的模式，并且对两种模式的利弊作了分析；同时也对我国监护监督制度提出了一些建议，融公权力监督和私人监督为一体的模式很有价值，值得我们思考。我也在思考一个问题，在英美有很多法律制度相同的情形下，为什么在持续性代理权的监督模式上会有不同。因为我在这方面没有特别深入的研究，所以我只是在想两种模式产生的历史、文化和社会背景，英国考虑到哪些因素，美国考虑到哪些因素。我也希望有这方面的介绍，可能会对我国完善监护监督制度提供更多的理论支持。谢谢。

陈苇教授：

下面我谈一下对熊金才教授的《论国家监护的补充连带责任-以亲权与监护的二元分立为视角》这篇文章的一点感受。熊教授首先讲到亲权与监护的二元分立，基于这一点这一点国家监护处于补充地位。其次讲到国家监护责任要讲顺序，监护有内有外，先内后外。家庭监护优先，国家监护处于外部监护范围，起到补缺作用。最后强调了国家监护连带责任问题，如果家庭监护不到位，国家应共同承担监护责任。熊教授还讲到我国台湾地区的《少年福利法》《儿童福利法》等社会保障性法，对于需要保护、救助、辅导、治疗等其他特殊协助的儿童和少年，应当提供所需服务和措施。从中我们可以看出，国家的监护主要是通过社会福利保障，提供物质基础来实现的，并且是提供给需要的儿童的，不是人人都享有的，证明了国家监护责任的补充性。有关监护和社会福利之间的关系需要怎样进一步深化和落实，都对我们有大的启发。谢谢。

王丽萍教授：

吴国平教授的《论我国监护监督制度的立法完善》，这篇文章基于我国法律现有规定的不足，对监护制度需要完善的部分进行了比较全面的探讨，我认为这方面有很大的价值。

陈苇教授：

吴国平教授从八个方面谈到完善立法的建议，比较全面，需要大家共同学习。最后是刘淑芬教授的《亲职监护制度的思考》，她提出了一个新的概念“亲职监护”。因为如果采用大监护概念，就淡化了父母的亲职监护，因而需要使用新概念。但“亲职监护”不仅是父母监护，还包括近亲属监护如堂兄弟姐妹、伯叔姑舅姨，扩大了监护人的范围。因此叫亲职监护，不叫父母监护。这个新的概念对我们思考的启发还是很大的。刘教授指出我国现行法律对监护内容方面的规定并不明确，司法解释也并不完善。对不履行监护职责的法律责任和诉讼时效等均提出了建议，立法构思是比较完整的。我个人思考的是，如果从大监护中将亲职监护分离出来，其余部分如何定义还有待进一步思考。谢谢。

王丽萍教授：

这个单元讨论的每篇文章对我都很有启发，我有两个方面的感受比较深，想和大家分享一下。一是法律的民族性问题。我关注到近几年来，婚姻法学研究会的会长们率领大家进行了很多法社会学的调查以及一些实证性研究，这种调查和研究在其他学科应该还是比较少见的。我们学会汇集大家的力量申请了很多国家社科基金项目，所以得出来的一些结论、研究性成果，我认为是有说服力的。蒋月教授多年来一直在在儿童权利保护方面从事研究，进行了大量社会调查，也承担了国家社科基金的项目。她的本次发言成果就是中国婚姻家庭法的传统和现代化的研究阶段性成果。我想说的是，中国人口占世界人口的五分之一，我们除了在和借鉴国外婚姻家庭法的一些制度的基础上，也应该考虑我国的婚姻家庭制度可以为国际上婚姻家庭制度的进步做出什么样的贡献。有一句话说民族的就是世界的。我特别有感触是，中国文化有哪些是需要抛弃的，有哪些是需要坚持的，对于那些应该坚持的部分就必须坚持。在这个方面和其他法律部门相比婚姻家庭法特别明显，婚姻家庭法的民族性或者伦理性更强一些。二是对婚姻家庭法的研究需要跳出婚姻家庭领域。所以前面几位学者的发言是从法哲学、比较法、法社会学、人权保护、公权对私权领域的干涉、国家职责的角度进行研究。不同的学者从不同的角度进行研究使得具体问题的研究更加深入和细致，这是非常可喜的。从大家的发言和研究我学到了很多，谢谢大家。

王歌雅教授：

见解也好，点评也罢；关注也好，思考也好，都是学术当中的重要一环。如果没有思考和感悟，我们的学术发展就不会繁荣。任何一场学术活动或学术论坛，如果没有互动，似乎就不够圆满。下面 15 分钟留给在做的各位专家学者，我们希望听到你们对监护制度的真知灼见。也请各位发言控制在 3 分钟内。

李欣：

各位老师好，我是李欣，是安徽工业大学的老师。上午听到监护专题有点激动，因为我的研究方向就是老年人监护。刚刚听到蒋月老师的发言内容，我感到很受启发。从儿童是谁我想到父母是谁。蒋月老师讲到儿童是谁，儿童的权利是什么，父母总是为子女好，让我联想到子女在一定程度上也是为父母好。这些为谁好从心理学角度来谈，都是为了满足自身心灵安宁的一种自私的想法，我们并没有换位思考对方的利益是什么。此外，我想向李霞老师提一个问题，法定监护一般认为是概括性监护，那么哪些属于被监护人的权利，哪些属于侵害被监护人的权利？尤其是保护性权利，例如被监护人的生命健康权。举个简单的例子，老年人在临终前选择放弃治疗，此时哪些权利是属于被监护人的，如果换位给监护人，监护人如何保护被监护人的权利。我想请教李霞老师，如何把握这个度？

李霞教授：

第一个问题，哪些现象或行为表明被监护人的权益是受到侵犯的。我举例说明，在本人或被监护人的财产权利被代理人也即监护人管理时，监护人有两项重要权利，代理权和财产管理权。代理人在行使代理权时，经常会擅自代替本人做决定，将本人的财产处分了。例如股票、证券、名画、古玩等，监护人代替被监护人行使权利是非常容易的。这种权益受到侵犯的情形是非常明显的，这是第一种情形。第二种情形是指在医疗、健康、护理等领域侵犯被监护人权利。在合同订立过程中，监护人往往以代理人的身份擅自代理被监护人订立或变更医疗合同或健康护理合同。这种情形非常常见，举个例子来说，本人躺在病床上时的医疗行为代理权，如果不属于监护却被监护人形式了，则会侵犯被监护人的权利。如本人临终前提出不想做查鼻饲管这种医疗治疗，但监护人代替其作出决定将鼻饲管插上去，是非常明显地侵犯了本人的权利。这也是常见的本人权益被监护人侵犯的情形。

第二个问题，哪些权利应该是本人保留的。在民法上我们把意思能力丧失的人定义为无行为能力人，这种定义简单粗暴地剥夺了本人残余的意思能力。但这部分能力是作为自我决定权的重要因素的，如决定器官的捐献等。在成年人监护中，这部分权利都交给了监护人代替行使。但我认为这部分权利应该是由本人保留的。希望我的回答可以令提问者满意。

王歌雅教授：

谢谢李老师。下面有请全国人大法工委民法室副主任扈纪华。

扈纪华：

我想就被监护人的权利被侵犯向李霞老师再提一个问题。刚刚提到的老人临终插鼻饲管与否是违背了本人的意志。但在很多情形下，如小孩，并不能认识到自己是否该进行某种医疗行为或该种医疗行为好不好，只是知道自己怕疼。此时家长违背孩子的意思要求医院进行治疗，或监护人违背老年人意识不清醒状态下的选择做出的决定，这些都可能是理性的选择。这个界限应如何划分，是否属于侵权是很难判断的。我想就这个问题请教李霞老师。

李霞教授：

这个认定确实是非常困难的。西方国家在进入老年社会的过程中对这个问题进行过研究。他们分析认为未成年人与成年人监护是需要做出区分的。以插鼻饲管这种医疗行为为例，未成年人意志不成熟，需要其监护人即父母代替他做决定，这是为了保护未成年人的权利；老年人是从完全意思能力衰退到无意思能力的，监护人代替本人做出的决定未必是老年人在意思健全时所表示出的愿望。

同时我想补充一点，西方社会进入老年社会时产生了一种新的制度，即生前遗嘱，也是意定监护的一部分。意定监护包括财产管理、医疗健康护理行为以及人身监护三个方面。将医疗健康护理单独抽出来订立一个合同就是生前遗嘱，即在自己意识清醒的情形下订立遗嘱或向相关人做出意思表示--如果自己以后需要进行医疗手术，但意思能力丧失或不健全的情形下，希望自己得到怎样的护理。这样，在意思能力丧失时便可以遵循自己的意愿，让自己有尊严的活到最后，而非由监护人代替自己做决定。希望这个例子可以回答扈主任的问题。

扈纪华：

我刚提出的问题是什么是监护制度。监护制度是因为本人需要被监护才产生的。那么哪些侵犯了本人的权利，违背本人意志的范围有多大都是比较实际的问题。如果本人需要被监护，就说明其神志或智力是不健全甚至是丧失的。所以我认为我们是在行为需要监护的情形来探讨侵权问题的。

王歌雅教授：

下面有请最高人民法院的吴晓芳法官表达她的观点。

吴晓芳：

监护制度是为了被监护人的利益，在其需要的时候产生的。作为法院的法官如何判断为了被监护人的利益，尤其是老年人的利益。老年人在什么情形下是没有行为能力的，不仅在理论上非常难判断，司法实务中也是如此。

王歌雅教授：

由于时间关系，我们本专题的研讨暂时告一段落。非常感谢五位主题发言人的深刻思考、精当陈述，也感谢两位点评专家入情入理的思考和互动。请各位关注时间，稍后将进入第二个专题研讨时段谢谢各位。

【注释】

[1] 马钰凤、张伟：《建立与完善我国未成年人社会监护制度的思考》。案例 1：2003 年 6 月 21 日傍晚，成都市青白江区青江西路 65 号院的居民发现了李思怡--三岁的她，已在多日的饥渴中，变成了一具小小的尸体。因为民警的玩忽职守，她的母亲被逮捕戒毒后，没有人去关照这个被锁在家中的小女孩。记者写到，“人们发现，门上有她的手抓过的痕迹，她的指甲有不同程度损伤，所有的柜子都有被翻找过的痕迹。她可能晚上受到惊吓曾经躲进衣柜。通过地上的痕迹，屎尿被小心地放在卫生纸里的状态看，这个小女孩一直在求生，并慢慢死去……”案例 2：同一个月的同一天，仿佛是怨灵的咒诅--南京，江宁，这个大地上惨绝人伦的一幕竟然重演，这一次，死去的是两个孩子。仿佛人的心被撕裂的还不够彻底，6 月 21 日，两个小小的孩子在紧闭在家中被发现，已经化为干尸。一个一岁，一个三岁。所有的细节需要莫大的勇气才能去了解，而了解之后，会是很多很多人心中一辈子无法挥去的噩梦。今年 3 月，这两个孩子已经因为极度饥饿，险些死去，三岁女孩侥幸打开了门，光着屁股站在寒冷的

楼道里求救，头上已经长出了蛆虫，她狼吞虎咽地吃下好心人送来的包子，而一岁的妹妹被发现时，正爬在抽水马桶里，吃粪便，身上头上都是粪便.....

文字整理：张亚娇、欧燕、刘胤宏、陈雪仪、杨舸帆、刘庆国、朱庆华、陈丹

本文稿未经演讲者审核。

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第三期 家庭暴力专题研讨

2013 年 11 月 26 日 中国私法网 责任编辑 张亚娇

主持人：中华女子学院常务副书记李明舜

发言人：

薛宁兰（中国法学会婚姻法学研究会副会长）

李春斌（西藏民族学院法学院）

何志权（香港律师）

评议人：

张学军（中国法学会婚姻法学研究会副会长、浙江工商大学法学院）

李秀华（扬州大学法学院）

李明舜秘书长：

我们这个时段的专题是家庭暴力问题。首先请社科院法学所的研究员，也是婚姻法学研究会的副会长薛宁兰教授发言，大家欢迎。

薛宁兰教授：

大家好，我这次提交的论文是有关《家庭暴力防治法》中的民事保护令制度的，我这篇论文是在会议论文集的 278—283 页。这次会议非常难得的请来了来自香港律师协会家事法委员会的主席何志权律师。我想用最短的时间把我论文中的核心点出来，让何律师有更多的时间就香港家暴法的问题做一个全面的介绍。

我想讲三点意见：第一，目前在我国制定专项的《家庭暴力防治法》已经纳入了全国人大的立法规划，所以我觉得学界目前对于《家庭暴力防治法》的讨论应当重心转移。这个转移是说不再停留在要不要制定这部法律上，而是要转移到要如何制定这部法律上。我的论文还是侧重在《家庭暴力防治法》的特点和制度，也就是民事保护令制度上，它是《家庭暴力防治法》中对受害人进行临时的特别救济的措施，这是我要讲的第一点。

第二，关于民事保护令的性质，目前学界有三种认识。比较多的人主张将它界定为对家庭暴力受害人特别的救济措施，即民事私法救济措施；还有一种观点认为，民事保护令自身的性质扩大了它的功能，就是说它不仅救济受害人，还惩治施暴的人，它兼救济和制裁两者于一体；第三种观点认为，民事保护令是从民法的角度对人身权请求权的一种特殊的保护方式。我认为，在国际上有《家庭暴力防治法》的国家规定这种制度的目标是解救受害人于危难之中，防止暴力继续发生的针对受害人的一种特殊的民事私法救济。最高人民法院应用法学研究所 2008 年发布了《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》，它在第三章专门规定了人身安全保护措施，这个措施实施以来到目前成效显著。在一些地区的法院系统中就有这样的试点。但是我想从学理的角度提醒大家的是，在《指南》中，尤其是在它的 26 条，对人身安全保护裁定的性质是界定为一种强制措施。在民事诉讼中，强制措施是针对已经开始的民事诉讼，对其当事人或者是其他人有妨碍民事诉讼程序进行的行为所采取的拘传、训诫、罚款、拘留等强制性措施，它的目的在于保护诉讼程序的正常进行。所以，作为民事保护令这种法院发布的强制性禁令，它应当是独立的、解救受害人于危难之中的临时性救济措施。换言之，它并不以已经开始的诉讼为前提，受害人可以单独向法院提出保护令的申请，也可以在已经开始的诉讼中提出。在这里我没有任何否认《指南》功能的意思，只是认为在未来制定《家暴防治法》的时候不要把《指南》中说的民事保护令的裁定等同于国际上通行多年的民事保护令制度，它的目的、措施、功能还有内容是不一样的。

第三，在去年刚刚修改过的《民事诉讼法》当中，对于临时性救济措施—财产保全和先予执行中增加了一个行为保全制度。这个措施依然还是存在于已经开始的民事诉讼之中的，所以说它适用的案件类型包括婚姻家庭暴力所致的民事诉讼，比如离婚案件、侵权诉讼，但是又不限于这些，还涉及到其他的要求当事人作出或者禁止一定行为的措施。所以从民事保护令的类型、内容来看，它在《家庭暴力防治法》中是一种特有的制度。我的观点主要是这些，谢谢大家！

李明舜秘书长：

下面请西藏民族学院的李春斌副教授发言，大家欢迎。

李春斌副教授：

尊敬的各位前辈，各位同仁，各位师长，主持人和点评人。我今天汇报的主题是《大陆法系国家涉家庭暴力立法考察与思考》，这篇文章的写作背景是今年八月份开的一个讨论家庭暴力专项立法必要性的相关会议。在这篇文章中，我考察了大陆法系典型国家有关家庭暴力的立法模式，并对我国相关立法模式进行了思考。这篇文章主要包括三个方面的内容：一是大陆法系各国立法模式的简单考察；二是各国立法模式的特点；三是对我国立法模式的思考。

从考察中可以发现，大陆法系典型国家针对家庭暴力主要存在两种立法模式：一种是单项立法，并辅以刑法和民法的综合立法模式。例如德国、法国、日本和韩国；另外一种立法模式是无单项立法模式仅仅依靠刑法和民法，例如瑞士、意大利和俄罗斯。在德国，家庭暴力主要是靠通过 2000 年颁布的《暴力保护法》来调整，但是值得注意的是，在《德国民法典》第 1361 条第二款中有这样的规定：“被申请的配偶一方不法地和故意地在身体、健康和自由上侵害另一方，或不法地以此种侵害或生命的侵害相威胁的，原则上必须将共同住宅交付单独使用。仅在不继续侵害或不法胁迫之虞时，住宅的交付请求权始得予以排除。但因行为的严重性，不能合理地期待受到侵害的配偶一方与配偶另一方继续共同生活的除外”，可以看出家庭暴力构成了住宅交付请求权的一个法定事由。同时，在《德国刑法典》上，实施家庭暴力也构成虐待被保护人罪。在法国，在其民法典第 220-1 条第 3 款中也有家庭暴力引起住宅交付请求权的规定，在其刑法典中也有家庭暴力构成伤害人之身体罪的规定，同时法国国民议会也通过了一个旨在规制家庭暴力的法。在 2001 年 4 月，日本国会通过了《配偶暴力防治与受害人保护法》，在日本的民法典和刑法典中也有规制家庭暴力的规定。韩国规制家庭暴力主要依靠《家庭暴力犯罪处罚特例法》和《关于防止家庭暴力及保护受害者法》，同时在民法典和刑法典中也有关于家庭暴力的规定。在瑞士，由于国土面积比较小、人口比较少，没有关于家庭暴力的单项立法，家庭暴力主要规定在《联邦民法典》和《刑法典》中。在意大利，关于家庭暴力的问题主要规定在民法典和刑法典中，但是意大利是一个家庭暴力比较严重的国家，有超过 200 万的妇女遭受过家庭暴力，所以很多意大利妇女非常希望出台一部关于规制家庭暴力的单项立法。在俄罗斯，95% 的妇女认为家庭暴力是俄罗斯最严重的社会问题之一，在俄罗斯社会转型的特殊时期，还需要对该问题作进一步考察。

大陆法系典型国家立法模式的特点主要分为两个种：首先对于像法、德、日、韩这样的有单项立法的国家而言，第一是其救济性，对于家庭暴力的受害群体而言有一个可以寻求救济的法律；二是特殊性，就是家庭暴力不同于普通犯罪的一种特殊犯罪，它有自身的证据规则和责任保护；三是综合立法模式，除了单项立法之外还有其他法律加以规制。家庭暴力的防治不仅是个民法问题，同时也是个社会问题；四是单项立法的制定明显地保护了受害人的利益。其次是对于没有单项立法的国家，要么像瑞士和俄罗斯有特殊国情，要么家庭暴力救济机制乏力，家庭暴力严重。

我们看到有家庭暴力专项立法的国家对受害人的保护是非常有力的，而对于没有专项立法的国家如俄罗斯和意大利对受害人的保护是相对乏力的。我觉得我国还是非常需要有关家庭暴力的专项立法的，理由主要有家庭暴力发生率较高；现有法律救济资源不足；需要专门综合法律予以系统规制；有利于促进性别平等；是我国履行国际条约缔约国责任的要求等。

李明舜秘书长：

下面有请来自香港的何志权律师给大家作报告。

何志权律师：

各位好！我非常荣幸能够在此发言。我的普通话不灵光，请大家多多包涵。我非常赞同李教授刚才所谈及的关于家庭暴力立法的观点。现在我为大家介绍一下香港的相关法律。每一个国家都存在家庭暴力的问题。在香港，如果出现了家庭暴力的情况，这将涉及到很多人和不同的机构，我在此列举了十六个，如：受害人、儿童、施暴者、警方、医院、医生、社工、临时收容所、房屋署、法院、律政署、法律援助署、律师、提供辅导的机构、受害人和施暴者的雇主、儿童的学校等。临时收容所是指当受害人无家可归时可以临时入住的地方。房屋署会协助受害人寻找暂时的住所。可见，当一个家庭出现家庭暴力的情况时，会牵涉到很多人和机构，甚至会带来巨大的经济成本。

香港如何处理家庭暴力的问题呢？从法律的角度来说，基本上可以分为刑事控诉和民事诉讼两个方面。就刑事检控而言，一些国家处理家庭暴力问题趋于刑事化，但是香港没有这么做。刑事化是指，当出现家庭暴力时，将该暴力行为列为刑事控罪。香港没有将家庭暴力刑事化，如果其中有犯罪行为，我们则利用一般的刑事法律来处理，例如，如果施暴者有伤害他人的行为，那么其将被控伤人罪，类似的还有普通袭击罪、对他人身体加以严重伤害及淫秽侵犯等刑事罪行。但这是有局限的，因为存在一些不能被控诉为刑事犯罪的行为，例如对于以淫秽言语骚扰他人的施暴者，则不能将其加以刑事控罪。另外一个方式是民事诉讼，相关的法律主要是香港 1986 年《家庭暴力条例》。这一条例共有两次修改，第一次修改在 2007 年，第二次修改在 2009 年。在第二次修改当中，该条例更名为《家庭及同居关系暴力条例》，这一条例开始将保护的范畴涵盖同性及同居者。这个 2010 年 1 月 1 日生效的新条例的保护对象为配偶或前配偶、其他亲属、同居者、儿童。法庭有权力颁布《禁止骚扰令》和《驱逐令》。《驱逐令》具有“特定的部分”和“特定的地方”。因为需要颁发《驱逐令》的情况是非常严重的，所以法官不一定颁发这个法令。受害人可以申请法庭命令施暴者离开特定的部分，例如要求施暴者离开主卧。在很多情况下，施暴者会在受害人的工作场所对其进行骚扰，所以，“特定的地方”还包含工作场所。受害人可以依据《进入令》回到住所领取个人物品或居住，然后可以依据《驱逐令》要求施暴者离开住所。

香港的法律并没有对“家庭暴力”下定义，而是以“骚扰”来描述。“骚扰”的定义是什么？条例也没有对此进行界定。很多国家都此均有定义，但是香港没有。没有相关的定义，那么法官的权力就比较宽泛。“骚扰”的范围相当广泛，哪些影响到受害人的情况属于骚扰行为呢？香港实行普通法，所以我们常常要参考过去的案例。关

于“骚扰”的定义，我们先来看看三个英国上诉庭的案例。第一个案例是 *Davis v. Johnson*，这个案例肯定了“骚扰”不需要对精神和身体健康有严重的不良影响。第二个案例是 *Horner v. Horner*，该案例指出“骚扰”这个词适用于任何行为，所以适当地视为达到一定程度需要法庭的介入。第三个案例 *Vaughan v. Vaughan*，该案法官认为，如果需要寻求一个近义词来界定“骚扰”的话，就应该找“纠缠”这个词。上述很多行为都可以认定为骚扰，如早上很早或晚上很晚打电话给被害人，或寄书信给被害人等。香港法律中还同居关系进行了定义。所谓同居要符合以下要素：共同生活、共同分担日常生活中的事务和责任、双方关系具有稳定性和永久性、经济上互相依靠、有性关系、对未成年子女共同照顾和抚养、承诺共度人生以及从第三方来看双方是共同生活的关系。以上都是法律要考虑的因素，但最主要的是双方关系是否为永久性的。此外，香港法律赋予了法院在采纳施暴人曾使申请人受到身体伤害，或合理相信施暴人可能导致申请人受到身体伤害的情形时，可以发出逮捕授权书。执行逮捕时，警务人员具有所需的一切权利，包括使用适度武力强行进入有关地方进行逮捕。上述三个命令即驱逐令、重返令及逮捕授权书的有效期都是 24 个月。

一般而言，施暴人有管养权和探视权。为使强制令有效执行，《家暴条例》赋予法庭把施暴人原有的管养权或探视权更改或暂停的权利，但必须以未成年人的福利为首要考虑事项。法律还强制性要施暴者接受辅导，其目的在于通过教育和心理治疗改变施暴人的暴力行为。此外，香港还提出了《家庭暴力受害人支持计划》。该计划包括三个方面的内容：第一，提供相关信息，包括法律及法律程序信息、小区支持服务信息；第二，提供支持服务，包括陪伴受害人录口供或安排照顾幼儿等；第三，招募、培养、动员义工协助受害人，该计划于 2010 年 6 月开始为受害人提供服务。谢谢大家。

李明舜秘书长：

下面有请评议人进行点评。

李秀华教授：

非常感谢主办方、主持人和所有的发言人。近年来，预防家庭暴力的措施已经成为了学界研究的焦点和难点。如何突破法律制度设计不足的困境，刚刚三位发言人都做出了回应。那么，我想从以下三个维度和大家分享。第一，三位发言人的研究方法独到。无论是从微观切入《人身保护令》还是宏观比较研究大陆法系七个国家的立法，抑或从香港的视角探索《家暴条例》修改的历程，都运用了实证、比较和跨学科的研究方法。第二，研究路线非常清晰。三位发言人直指自己的研究结论，如薛宁兰教授提出的《人身保护令》，对综合性、系统性的防控是非常必要的。薛教授还提出制定防治家庭暴力法，并将《人身保护令》纳入其中。李春斌教授分类介绍了 7 个典型国家的立法情况，他认为单向立法更契合中国本土国情。何律师认为家庭暴力仅仅依靠法律来调整是不可能的，因为法律制度本身具有局限性。应该启动综合性防治模式，在以受害者为中心的保护前提下，我们还要关注施暴者的心理辅导和干预机制。但是，何律师认为在社工、心理、法律方面，还存在一些不足和缺陷。这是第二个方面。第三个方面，各位学者在这么短的时间内，展示了各自的学术风采和研究成果，注意理论和立法上的前沿考量，把握了其他国家地区和经验，还关注了制度的设计和创新。因此，研究成果具有前瞻性和本土实践性。在展示观点的过程中大家已经聆听到了他们一些创新智慧和学术思想。我觉得他们在学术研究和实践探讨方面，没有固步自封，而是打开了学术的视野。注意研究壁垒的突破，也注意沉淀实践的精华。在干预家庭暴力这样的前沿阵地，他们注意各个机构的合力和责任，有效激活现有的法律资源和优化家庭暴力控制的机制。

我想和大家探讨的是，每一篇文章在一定程度上都会存在一定遗憾。比如在人身保护令方面，我们有很多可以探讨的问题。在实施人身保护令之前之后，都有人身保护令实施的评估机制。如果没有运行好的话，可能会导致矛盾的恶化；还有，对施暴者要不要给与一个辩解的空间和权利。在对 7 个国家进行考察和比较研究之后，结论能不能和考察进行有机严谨的对接。也就是考察哪些精华，对建构中国反家庭暴力立法会有所借鉴。香港何律师有很多经验和我们分享，他文章里面有 15 个板块，展示了香港在处理家庭暴力案件，从刑事到民事，实体法到程序法，社工心理到法律各个机构的运行等方面的分类。我们是不是可以把每个板块进行深度分解，形成一个独立完整、更有厚度的探讨。在反家庭暴力的问题上，包括施暴者，没有一个人是可以被抛弃。对于人身保护令而言，其对于老人和孩子的适用性，时限性等都值得思考。“家家和，社会和”，这样的探讨对我们的学术、社会和国家很有意义。感谢主持人、发言人精彩发言，谢谢！

张学军教授：

李老师进行了一个分点评，我进行一个简要的总点评。我从这样几个角度来谈：第一，反家暴法和现有法律之间如何协调。首先看《侵权责任法》。我国《侵权责任法》没有明确规定夫妻之间、父母和未成年子女之间、成年子女和老年父母之间是否适用普通侵权法。我认为这是不言而喻的。大陆法系国家在亲属间侵权问题上有一个限制。英美法系国家在 70 年代时候，整个家庭成员完全适用一般的法律。《侵权责任法》第 15 条明确规定一些侵权责任，比如停止侵害、赔礼道歉、消除影响、赔偿损失，这提醒了我们《家庭暴力法》还要解决的问题。《刑法》上也规定了各种侵犯权利的犯罪，比如杀人、伤害、过失致人死亡等等。在《行政法》、《治安管理处罚法》中也有很多相关规定。我认为可以在法律的基础上，根据家庭暴力自有的特点，设立一些专门机构并赋予专门职权，同时规定一些特殊责任。这样，《家庭暴力法》才能有的放矢，而不要像《老年人权益保护法》、《妇女权益保

护法》一样变成一个汇编式的、没有独特性和针对性的法律。《家庭暴力法》要有针对性，还要和现有法律制度要协调好。

第二个想谈下分类的问题。不管是学者之间的讨论，或者是香港学者写的文章，经常可以看到大家有意无意地把家庭暴力局限于夫妻之间的家庭暴力上。我觉得家庭暴力的范围应该更广一点，除了夫妻之间的家庭暴力外，还有亲子之间，如父母和未成年子女、成年子女和老年父母之间。对于后面两种关注不够多。驱逐令等等一些法令，主要是谈夫妻之间的保护。但是我认为，后两者应该更加引起我们的重视。事实上，妻子相对来讲虽然是弱势群体，但还是要比老年人、未成年子女强势。我们的法律更应该把侧重点放在对这两种人群，即未成年子女和老年父母的保护上面。

我想讲的第三点，是国家和社会的责任。外人侵犯你的财产权益时，家人会给予帮助；但是家人侵犯你的权益时就涉及到社会救济问题了。有些国家就有“警察不出警，警察的不作为加上施暴者的作为导致后续侵害，需要国家赔偿”的规定。但是，也有些国家不承认这个制度。这些国家认为，不出警也不是无意思联络的侵权，不应该承担责任。而我认为，确实应该考虑国家不出警而引起的后果，给予国家赔偿。那么我们的《国家赔偿法》是不是应该在这方面做出相应的修改？第二就是全社会要不要介入的问题。比如说邻居发现了家庭暴力，但是没有去报警，此时，是不是也相当于国家不出警，认为他的不作为加上施暴者的作为两个方面共同导致了该责任。类似的，医生、学校的老师（如幼儿园的老师）等等这样的一些机构，我认为都应该考虑他们承担责任的义务，尤其应该用民事责任的方法来督促他们履行自己的义务。对于国家职权也应当做出一些调整。除了驱逐令之外，对于警察在特殊情况下是否有责令子女为老人提供生活必需品的权力，也是可以重新配置的。在机构设置方面，可以考虑从《治安管理处罚法》的执行机构中派出一部分的警力，成立一个相应的组织，并赋予这些组织一些权限，以彻底解决这个问题。

第四是关于社会变革问题。产生家庭暴力最根本的原因就是两个：第一是当家庭现有的资源不足于满足家庭现有需要的时候，就会产生家庭暴力的温床。也就是说，在需求很大但资源又很少的情况下，就会出现危机；第二个根本原因，是当出现危机的时候，不能正确解决危机的人会使用家庭暴力的方法来解决问题。所以，对于家庭暴力最好的解决对策是使家庭都有充足的资源，消灭家庭暴力产生的温床。那么，为了根治家庭暴力，应该从哪些方面提供帮助呢？首先，我认为国家一定要给家庭在物质方面给予帮助，特别是要解决农民工、农村户口收入偏低等问题。为什么农村的家庭暴力会比城镇要多呢，就是因为农村收入偏低。我很希望十八届三中全会上可以解决农村集体土地的问题，让农民可以把宅基地的使用权、承包权、“四荒地”的使用权甚至林地的承包经营权能够变成现在实实在在的收入；另外，让城镇居民的下岗职工，领到比现在的《社会保障法》更多的救济金；最后，贫富差距也不能太大，改善经济是解决这个问题根本的办法。

最后，扈主任的谈话我有一些启发：第一点，对选题要高度重视。立法者确实是注意到了立法上的空白，一个法官、律师也经常能注意到法律的空白。我们在写文章的时候，不能过于笼统，就是要针对于立法上的空白来有的放矢地解决；第二就是要特别注意科学方法的运用。法学很重要的任务就是解释法律，因此在方法论上需要特别注重。以上就是我的点评，里面有偏颇之处，请大家原谅。

李明舜秘书长：

谢谢发言人和点评人。下面我们就上述发言、点评或者自己的感悟进行讨论。

魏小军副教授：

谢谢主持人。我是杭州师范大学的魏小军。针对于“家庭暴力”这个专题想谈点自己的心得。

第一个就是“冷暴力”的问题。这个问题，在近期的网络、报纸、包括学术性的文章里面都有所提及。就我个人的观点，“冷暴力”主要是心理咨询界的一个用语，可能很难成为严格意义上的法律术语。主要理由是：第一，所谓的“冷暴力”，在夫妻关系之中，就是一方对于另一方长期冷漠、不搭理、不说话。但是实际上，这样的消极行为要纳入到法律来调整，尤其是要作为家庭暴力来调整，是很困难、很慎重的。因为这种行为造成的后果是不清晰的，或者说因果关系不是很明确。我们排除经济控制和亲属之间的抚养义务，因为经济控制本身也是家庭暴力的一个类型。把此项条件排除，这完全是心灵上的、精神上不搭理，但这种“不搭理”能造成精神上的创伤，这往往跟相对人的人格是有关系的。这种人格往往是因为早些年创伤被激发了的一种状态。所以说，单纯的“不搭理”的行为造成的结果有多大是非常难查明，也是非常不清晰，造成这种结果的原因力也是很难以查明的。第二，更重要的是，假如说把“不搭理”或者说“沉默”作为家庭暴力的一种，那是不合理的。因为在法律上强迫他人表达好感是不可取的，在他人并不想表达好感的情况下，相反有厌恶的情绪。这种厌恶情绪并不直接通过自己的行为，而可能用其他方式表达出来，例如通过表情、眼神、明显的动作、隐含在动作之外的微行为。在家庭关系中，家庭成员之间的交流很大程度上并不是靠语言，而是各种身体上的微动作。在这种情况下，造成的伤害不会因为法律上的禁止而得到制止，反而可能加重。还有，在比较法上，我暂时还没有发现有明确地把“冷暴力”上升为法律术语。对于这种“冷暴力”情形，可以考虑把“冷暴力”作为判决离婚的法定情形中“其他情形”的一种。因此，如果因为“冷暴力”导致夫妻双方感情不和，就可以离婚；或者，在社会救助中增加对“冷暴力”的救济。另外，我认为家庭暴力法单独立法很有必要。因为在我国，家庭暴力尤其是亲子之间的家庭暴力现象比较严重。通过法律的明文规定对家庭暴力进行价值牵制是有必要的，尽管不一定会收到很明显的效果。谢谢！

吴晓芳：

大家好。我特别赞同魏小军老师对家庭冷暴力的看法。我一向觉得在司法实践中对于家庭冷暴力的认定是很难得。我认为，如果把冷暴力纳入到家庭暴力的范围就对婚姻的要求太高了。

李明舜秘书长：

现在有请蒋月老师做评议。

蒋月教授：

我是厦门大学的蒋月，一直从事家庭法的教学和研究。刚才各位发言人的发言很精彩，因为时间有限，我只讲以下两个问题：第一个问题，在何志权律师的论文和发言中特别强调“香港家庭暴力没有被刑事化”，但这个观点我理解起来是有点困难的，因为严重的家庭暴力总是要动用刑事控诉途径去救济。另外，在法庭颁布了强制令以后，如果被申请人违反了法庭纪律，是不是要承担相关的刑事法律责任？“香港的家庭暴力没有被刑事化”应该做怎样的理解？第二个问题，如果申请人去法庭提出禁止令申请或者法律保护申请，对于举证责任应该怎样承担？要举证到什么程度时家庭暴力的事实才能被法庭所确认？谢谢。

何志权律师：

我先解释一下什么是“刑事化”。“刑事化”就是对家庭暴力的行为进行刑事控罪。比如说，丈夫打妻子，这就是一个刑事控罪。这个控罪的名称就是“家庭暴力的控罪”。在英国，家庭暴力刑事化以后，其他的亲戚去报告警察有家庭暴力的情况曾一度消失。因为受害人知道，在每一个家庭暴力的行为都会构成犯罪的情况下，施暴人会因此坐牢或者丢失工作，为了维护家庭的利益，受害人便不会去报警或报告家庭暴力。鉴于此，香港经过研究之后，决定不把家庭暴力刑事化。我们认为这是一个很好的决定。我认为在对待家庭暴力时，应该更多地从民事上而不是从刑事上处理。在英国，法官在采用刑事方法处理的过程中，常会意识到施暴者的行为是出于一定的理由或者一时冲动，这样的情况下，法官的处理就比较困难。

第二个问题是关于取证的问题。在香港，民事取证责任规定不同于刑事取证责任规定，它是比较新的规定。在民事上，积极申请人可以向法庭提出证据，比如证明家暴所致伤痕的照片，描述猥琐语言的书面证词等，申请人自己提供的证据能够被法庭所初步采纳。举个例子，如果受害人向法庭提供了初步的陈述，法官会颁布禁止令，以立即停止施暴者的施暴行为，颁布禁止令之后，各方再回到法庭，提出各自的证据，最终才由法官决定是否存在家庭暴力的情况。

李明舜秘书长：

最后一个发言的机会提供给叶英萍教授。

叶英萍教授：

谢谢，大家都知道家庭暴力有很多的原因，解决的方法也各种各样。但是我认为，家庭暴力在刑事诉讼和行政处罚领域应该得到加强。我的观点是基于这样的考虑：中国古代的“准五服以治罪”制度，其原理就是亲人间的责任和义务。当然，其中的某些特权是不对的，但是原理是可以借鉴的。所以在现代，如果亲属间有家庭暴力犯罪的情况，应较常人为重。因为这样做至少有三个好处：第一，可以打破中国传统的等级特权，统一公平的理念；第二，可以加强家庭成员之间责任和义务，最重要的是加强责任意识；第三，立法成本非常低，只要在相应的法律中加上一款“如果发生在家庭成员之间则从重”即可。这些就是我的观点，谢谢。

李明舜秘书长：

因为时间的关系，我们的讨论到此结束。作为主持人，主持这个阶段的讨论深有感触。我觉得家庭暴力给我们呈现的是人性之恶、家庭之痛、社会之患、文明之殇。对于正在做中国梦的人来说，梦想中的人民幸福应该包括家庭幸福，而家庭幸福是应该没有家庭暴力的。所以，反家庭暴力是我们实现中国梦的一个重要内容，而很重要的措施就是反家暴立法。我认为，我们未来的反家庭暴力立法不应该是一个简单的离婚法，而应该是一个和谐家庭的促进法；它不应该是一个现有规范的简单拼凑，而应该是相关法律制度的有机融合；它不应该仅仅是一个原则性的宣言，而应该是一个行之有效的具体措施；它不应该是国外相关制度的简单借鉴，而应该是具有中国特色的制度创新；它不应该是激起矛盾和纠纷的诱因，而有应该是消除社会和家庭戾气的一副良药，我们期待着这一天的到来！我们这一阶段的讨论到这里就结束了。

文字整理：张亚娇、欧燕、刘胤宏、陈雪仪、杨舸帆、刘庆国、朱庆华、陈丹
本文稿未经演讲者审核。

郭明瑞：完善法定继承制度三题

2013年11月04日 中国民商法律网 郭明瑞

关键词：法定继承人；继承顺序；特留份

内容提要：完善法定继承制度是继承法修订的一项基本任务。确定法定继承人的范围和顺序应考虑血缘关系及婚姻关系、相互扶养的权利义务、经济和情感上的联系、最大限度保护私有财产继承权等因素。考虑到我国家庭结构的变迁和社会现实需要，修法时可将现行法规定的法定继承人作适当调整并将法定继承人的范围扩大到四亲等内的亲属。对于现行法规定的继承顺序可予以保留，将扩大后的法定继承人列为第三顺序。配偶可固定为第一顺

序继承，代位继承应采固有权说。第三顺序继承人参与继承，亲等近者优先。法定继承不仅为遗嘱继承的补充，也为对遗嘱继承的限制。修法时应以特留份制度取代必留份制度，以特留份限制被继承人的遗嘱自由。

法定继承是继承的一种基本方式。法定继承的继承人、继承顺序以及遗产的分配等都是由法律直接规定的。如何完善法定继承制度是继承法修订中的一个基本问题。对于我国法定继承制度的完善，许多学者发表了有益的见解，但并未取得一致的意见。笔者拟就法定继承人的范围、继承顺序以及法定继承与遗嘱继承的关系三个问题，谈谈自己的看法，以求教于方家，并供立法者修法时参考。

一、关于法定继承人的范围

法定继承人是由法律直接规定的可依法继承被继承人遗产的人。因继承是私有制的产物，主要是基于人自身再生产和延续的需要而产生的，而人自身再生产又主要是通过家庭或家族进行的，所以，各国法律都是以血缘关系和家庭或家族关系为基础来规定法定继承人的。但由于不同历史时期、不同社会、不同国家的家的结构等方面的不同，各国法律规定的法定继承人的范围广狭不一。近现代各国在确定法定继承人范围上有“亲属继承无限制主义”和“亲属继承限制主义”两种立法例。实行“亲属继承无限制主义”的国家立法规定的法定继承人范围最广，这种立法例最大限度地保障被继承人的遗产有人继承。而实行“亲属继承限制主义”的国家立法规定的法定继承人范围较狭，仅限于一定范围内的亲属。就限制的亲属范围来说，又有不同。如《瑞士民法典》规定的法定继承人为配偶、直系血亲卑亲属、父母及其直系卑亲属、祖父母及其直系卑亲属，曾祖父母对遗产仅有用益权；而《日本民法典》规定的法定继承人则为直系卑血亲、直系尊血亲、兄弟姐妹和配偶。从比较法上看，采亲属限制主义并缩小法定继承人的范围可以说是现代继承法的一个趋势。[1]实际上，不论规定法定继承人的范围广狭如何，各国立法者都是基于自己国情的一种选择。在现行《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）制定时，鉴于我国当时的情形，曾提出我国财产继承制度在确定继承人时，应当考虑三个因素：一是血缘关系、婚姻关系；二是相互扶养的权利义务；三是经济上的依赖程度和事实上的经济帮助。并主张应把父母、配偶、子女、祖父母（外祖父母）、兄弟姐妹列为继承人，与被继承人长期共同生活并受其抚养的未成年人、无劳动能力人或长期扶养被继承人直至需要扶养的原因消失的其他人，也应列为继承人。[2]这一建议所提出的列为继承人的亲属范围与现行《继承法》规定的法定继承人范围基本一致。笔者认为，当时所提出的确定法定继承人时应考量的因素并无不当，不足之处主要在于未考虑应最大限度保护继承权。因此，在修订继承法确定法定继承人范围时，仍应坚持考虑上述因素，并应考虑尽可能保护私有财产继承权，以使死者的遗产能够有人继承，一般不应使遗产因无人继承而收归国有。同时，在考虑家庭结构和职能的变化，以及婚姻法上确立的家庭成员之间的权利义务因素时，还应注意以下社会现实，以使法定继承人的规定更具合理性和正当性：一是尽管我国现代的家庭结构已经由农业社会的大家庭而转向小家庭，但亲属的情感却不限于存在于小家庭成员之间或近亲属之间，近亲属以外的亲属特别是四亲等以内的亲属成员间的情感还是十分浓厚的；二是尽管只是近亲属之间有法律上的相互扶养的权利义务，但在其他亲属之间特别是没有近亲属时相互间多有相互扶助的事实和道德义务；三是计划生育政策的实行和人们的婚姻、生育观念的转变，“法定血亲继承人的总量有所减少”[3]；四是随着社会经济的发展和私有财产保护的强化，遗产的范围和数量较之30年前有重大变化，遗产的继承不仅对于继承人的生活保障有重要意义，对于调动和保护私人创造财富和积累财富的积极性以及发挥遗产的效用，也有重要的意义。

基于上述因素的考虑，笔者认为，修订继承法时一方面应对现行继承法规定的法定继承人作一定调整，另一方面适当扩大法定继承人的范围。笔者赞同将法定继承人的范围扩大到四亲等内亲属的主张。现就其中有争议或特别的问题说明如下：

（一）关于子女及其晚辈直系血亲

子女之所以规定为法定继承人，是因为子女为被继承人最近的直系晚辈血亲。无论是婚生子女还是非婚生子女都为与被继承人有血缘关系的血亲，养子女与养父母间为拟制血亲。因此，基于血亲关系，亲子女、养子女作为法定继承人是无争议的，也是各国法上的通例。但需要指出的是，确立亲生子女为继承人，在传统民法上都是因其有血缘关系的，也就是说是否为亲生子女是以双方有血缘关系为判断标准的；因此，即使为婚姻关系存续中生育的子女，若被继承人否认并能够证明与其无血缘关系，也不能作为子女继承被继承人的遗产。但是在现代社会中由于生育技术的运用，对于利用生育技术生育的子女，不能以双方之间是否有血缘关系为判断标准。这主要涉及两个问题：一是利用他人的精子或卵子生育子女的，如何确定亲子关系？于此情形下，应以决定生育时当事人的意志为判断是否为其子女的标准，而不能以血缘关系为判断标准。也就是说，同意利用他人精子或卵子生育的一方，与生育的子女虽没有事实血缘关系，该子女在法律上也为其亲生子女；而提供精子或卵子的一方虽与生育的子女有事实血缘关系，该子女也不为其亲生子女。无论是利用他人精子或卵子的一方还是提供的一方事后反悔，都不能影响在法律上对亲子关系的认定。一些学者在专家建议稿中建议规定：“经夫妻双方协议实施人工生育的，其父母子女间的关系等同亲生父母子女关系。”[4]此规定甚有必要。但也有非经夫妻双方协议而一方实施人工生育的，此种亲子关系也应予以承认。二是在被继承人死亡后利用其生前保留的精子（非指捐献到精子库的精子）受孕生育的子女可否为继承人？对此有支持说与反对说两种观点。笔者持反对说，主要有三条理由：其一，从理论上说，继承人须有继承能力，只有于继承开始时生存之人才可为继承人。虽然为保护胎儿利益，在继承上

视胎儿为出生或者如我国现行法所规定分割遗产时须为胎儿保留必要的份额。但胎儿只能以于被继承人死亡时已受孕者为限；其二，若承认这种情形下生育的子女为继承人，则会发生配偶一方违反被继承人遗愿的情况，因此除非被继承人生前有明确表示，不应承认此种情形下的子女与被继承人间的亲子关系；其三，在有其他继承人的情况下，若承认这种亲子关系，会以配偶一方的意志而侵害其他继承人的权益。

我国《继承法》第10条中规定，子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。继子女与被继承人之间并无血亲关系，因此，各国法上一般都不规定继子女可为法定继承人。我国在继承法修订时可否规定有扶养关系的继子女为法定继承人，也成为有争议的问题。有的学者主张，我国继承法应取消关于继子女权利义务的规定，主张以收养关系取代有扶养关系，即只有被收养的继子女有继承权，凡未被收养的继子女不论与被继承人之间是否有扶养关系，都不为继承人。其主要理由是：第一，继子女与继父母间是否形成扶养关系不易认定，司法实践中掌握的标准也难统一；第二，这样的规定往往造成有子女一方再婚的困难，实际上损害了子女的利益。[5]这种观点的第一条理由确实是有一定道理的，但是否形成扶养关系的不易认定，不能成为否定确认有扶养关系的继子女有继承权的理由。至于第二条理由并不能完全成立，笔者不否认有人担心扶养的继子女会与亲生子女一同继承其遗产而不愿与有未成年子女的人结婚，但这并非有子女的一方再婚困难的主要原因和通常原因。况且赋予有扶养关系的继子女与继父母间相互有继承权，不仅涉及受扶养的继子女有权继承继父母的遗产，也涉及到此种情况下过继子女的继父母有权继承继子女的遗产，而从后一情况看，这也恰是许多人愿意与有子女的一方结婚的原因之一。笔者承认，从确定继承人的范围应基于婚姻关系和血缘关系上考虑而言，继子女不应享有继承权，以收养取代有扶养关系来确定“继子女”的继承权不失为一种办法，这也是域外立法所采取的。由于我国对收养规定了特别严格的条件，且收养有严格的程序要求，许多继父母由于受条件限制难以办理对继子女的收养，不仅如此，家庭共同生活的事实也应为确定继承人的考量因素。因此，笔者主张，有扶养关系的继子女（继父母）应为继承人，对现行继承法的这一规定不必修改。

子女的晚辈直系血亲，可以作为代位继承人参与继承，但继子女的晚辈血亲不为代位继承人。因继子女作为继承人是与继父母存在扶养关系为前提的，子女的晚辈直系血亲为继承人是基于与被继承人的血亲（包括拟制血亲）关系，代位继承人应为被代位人的直系血亲，而继子女不属于血亲。

（二）关于丧偶儿媳或女婿

《继承法》第12条规定，丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。也就是说对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿也为法定继承人。现行继承法之所以如此规定，是为了更好地赡养老人。但对现行法的这一规定学者中有赞同和反对两种不同的评价。赞同者认为，这是我国继承法的特点之一，这一规定的立法目的是为了鼓励儿媳和女婿赡养老人，保障失去子女的老人晚年生活。[6]反对者则认为这一规定不妥，将本应由道德规范调整的问题纳入了法律调整的范畴，是一种立法上的失误，且对公婆或岳父母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿作为第一顺序继承人且不受代位继承的影响，与我国按支继承的传统不符，也会出现不公平。[7]因此，有学者主张，继承法修订时不应再将丧偶儿媳或女婿列为继承人。儿媳与女婿是姻亲而非血亲，规定其为第一顺序继承人与法定继承人以血缘关系为基础相违背，破坏了整个继承法的体系。丧偶儿媳对公、婆或丧偶女婿对岳父、岳母尽了主要赡养义务，形成事实上的抚养关系，可以依关于继承人以外的人可适当分得遗产的规定给予适当补偿。[8]笔者原则上赞同这一观点。但是，也应看到，血亲关系并非确定继承人的唯一基础，现行继承法的这一规定的目的是好的，但在实务中这一规定的最大弊端是不符合按支继承的传统。因此，笔者主张，立法者若仍坚持现行继承法作此规定的目的，在修法中应改为：丧偶儿媳对公、婆或丧偶女婿对岳父、岳母尽了主要赡养义务，没有代位继承人的，为第一顺序继承人。

（三）关于配偶

配偶作为法定继承人为现代各国立法之通例，学者中也无争议。但笔者认为，配偶作为继承人有两个问题应在法律上予以明确。

其一，合法婚姻关系外的同居者是否有配偶的地位？配偶是基于婚姻关系而形成的亲属，通常所说的婚姻关系，一须为男女两性合法结合，二须经婚姻登记机关办理登记。而现实生活中存在不符合法律规定的“婚姻”。主要有以下两种情形：一是男女两性以结婚为目的共同生活在一起，但未办理婚姻登记的“婚姻”。这属于现行法不承认的事实婚。处于此种关系的男女双方一方死亡的，另一方可否作为配偶继承对方的遗产呢？对此有两种意见，一种意见主张，以夫妻名义双方同居生活者，得作为配偶继承对方的遗产；另一种意见则主张，以夫妻名义共同生活者，不能以配偶身份继承对方的遗产，可作为“对被继承人扶养较多的人”分得适当遗产。笔者认为，这两种意见均为可取。为维持法定婚的严肃性，可采取第二种意见，修法时应作出明确规定。二是非男女两性以“夫妻”名义结合在一起，共同生活的“婚姻”。是否承认“同性婚”是现代各国法面临的难题，也是我国未来亲属法所面临的问题。徐国栋教授主编的《绿色民法典草案》第3分编第2条中规定，“两性人彼此之间或全男人或全女人缔结的婚姻，允许之。同性人彼此之间缔结的民事结合，在性质相宜的范围内，适用本分编的一切规定。”[9]这一规定实际上是视这种同性人之间的结合具有婚姻的效力。这种关系的当事人相互间有无继承权呢？笔者认为，配偶作为继承人的正当性和合理性，就在于配偶是共同生活的伴侣，共同生活，相互扶助。基于这种正当性、合理性的

理由，虽未缔结婚姻但已稳定共同生活在一起的“民事结合”的双方，也应享有相互继承遗产的权利。为适应社会现实的需要，修订继承法时在确认配偶为继承人的基础上，应就此作出相应的回应。

其二，重婚者能否以配偶身份享有继承权？重婚是在婚姻关系存续中又与他人缔结婚姻关系。现实中有这样一个案例。某女甲与前夫某甲男离婚后与某乙男结婚。后乙男患病，甲女离乙而去，回到甲男之处又与甲男办理了结婚登记，恢复婚姻关系。后乙男死亡，甲女要求继承乙男遗产。法院以甲女遗弃乙男丧失继承权为由，驳回了甲女的诉讼请求。现若甲男死亡，甲女能否继承其遗产呢？本案实际上提出了重婚者有无继承权问题。笔者认为，尽管依现行法律规定重婚案件属于自诉案件，但毕竟重婚为不法行为，法律不应保护不法行为。“重婚为无效婚姻，则后婚当事人相互间，并无配偶身份，自无继承他方遗产之问题；一人同时与二人以上结婚，亦经明定为无效婚姻，其相互间无配偶身份，亦无相互间继承遗产之权。”^[10]我国在继承法修订时对此亦应作出明确规定。

（四）关于四亲等以内的其他亲属

对于我国现行继承法规定的法定继承人范围，多数学者认为已不适应现实社会需要，应予以扩大，但扩大到多大范围，则有不同的观点。我们提出将四亲等以内的其他亲属增列为法定继承人。^[11]但也有学者主张，在现有规定的基础上，增加兄弟姐妹的子女为法定继承人即可。其理由是，在现实生活中，有些亲属，如堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹之间发生继承的情况非常少，民间也没有这样的继承习惯。新增加的法定继承人应当与被继承人具有一定经济上和情感上联系、在一定情况下能尽扶养和扶助义务，并且在民间有相互继承遗产习惯的血亲为宜。^[12]这一观点有一定道理。正是考虑到法定继承人与被继承人之间应有一定经济上和情感上的联系，本文才主张将法定继承人的范围扩大到四亲等以内的亲属。兄弟姐妹的子女与伯、叔、姑、姨、曾祖父母为同一亲等，从经济联系与情感上很难笼统地分出强弱，例如，能说曾祖父母、伯、叔、姑、姨与被继承人的经济和情感上的联系弱于兄弟姐妹的子女与被继承人之间的联系？从依血亲关系为确定法定继承人的根据上说，既然属于同一亲等，就应同列为法定继承人。较之仅将同亲等中的兄弟姐妹的子女规定为法定继承人，将同亲等的其他亲属也规定为法定继承人更具有合理性。但从现实情况看，堂兄弟姐妹、表兄弟姐妹之间发生继承的情况确实非常少见，规定这些亲属为法定继承人主要不是考虑其相互间的经济和情感联系，而是基于使自然人的遗产尽量有人继承的考量。

二、关于法定继承人的顺序

我国继承法规定法定继承人分为两个继承顺序。在修订继承法时，对于继承顺序应如何规定，学者也有不同的意见。主要涉及三个问题：一是配偶是否固定为某一顺序？二是子女与父母、兄弟姐妹与祖父母、外祖父母是否为同一顺序？三是未来继承法应如何规定继承顺序？

关于第一个问题。现行继承法规定配偶为第一顺序继承人，有学者认为这一规定不合理，主张修法时应不将配偶固定为第一顺序，而与他顺序继承人共同继承。其主要理由是，配偶固定为第一顺序继承人对配偶的继承权保护力度不够；在没有子女、父母继承时遗产全部归配偶继承，使顺序在后的血亲继承权全部落空。从各国立法例看，多数国家和地区的立法都不将配偶固定为某一继承顺序来继承，我国台湾地区“民法”也规定配偶仅是与第一、二、三顺序的继承人同顺位继承。但也有规定配偶为第一顺序继承人的，如《越南民法》、《俄罗斯民法》都将配偶规定为第一顺序继承人。实际上，配偶是列为第一顺序继承人还是不固定在一个顺序，这是我国早在第一次起草民法时就讨论的问题。1956年9月27日，当时起草继承法者就继承问题向彭真请示的报告中就提到：“对配偶的继承问题，各国民法有不同的规定。……我们认为，根据中国当前的实际情况，配偶应固定在一个顺序而且也只应规定在一个顺序之内。因为配偶是被继承人家庭的重要成员，经济上的联系比其他人更为密切，假如不固定在一个顺序，易产生被继承人死亡后在没有父母、子女时，所遗留下来的财产便由配偶与被继承人经济联系不很密切的兄弟姐妹共同继承，虽则也可以规定彼此间继承份额有所不同，但终究不能算是合理的。”^[13]笔者认为，这一立法理由至今仍具有意义。特别是现今社会的家庭结构较之当时更是以夫妻为中心的小家庭为主，依现行法规定，夫妻有相互扶养和扶助义务，而兄弟姐妹仅于一定条件下才有扶养和扶助义务，血亲固然是确认法定继承权的基础但经济上和情感上的联系也是确认继承权的根据。尽管民间有“兄弟如手足，夫妻如衣裳”的说法，但现实生活中就一般情况而言，兄弟姐妹之间的经济和情感上的联系是无法与配偶间的经济和情感上的联系相比的，没有理由让配偶与兄弟姐妹于同一顺序继承被继承人的遗产。因此，笔者不赞同将配偶不列为固定顺序的主张，而认为应坚持现行法的规定，将配偶作为第一顺序继承人。当然，这也与下一问题有关，如将子女与父母分列为不同的继承顺序，则笔者也同意不应将配偶固定为第一顺序继承人。

关于第二个问题。现行继承法将子女（子女先于被继承人死亡的，由晚辈直系血亲代位继承）与父母同列为第一顺序继承人，将兄弟姐妹与祖父母、外祖父母同列为第二顺序继承人。有学者主张，修法时应作调整，将子女列为第一顺序，父母列为第二顺序，兄弟姐妹列为第三顺序（兄弟姐妹死亡的，由其子女代位继承），祖父母、外祖父母列为第四顺序。^[14]这一建议提出的继承顺序与我国台湾地区“民法”规定的继承顺序基本一致。这一规定的根据大概是基于同一亲等的继承人的顺序以卑亲属优先的考虑，有其一定的合理性。但是，笔者认为，继承法规定继承人和继承顺序还需要考虑被继承人与继承人之间经济和情感联系以及权利义务关系等因素。子女与父母同为法律规定相互有扶养义务的亲属，兄弟姐妹、祖父母、外祖父母均为一定条件下有扶养义务的亲属，因此，在继承法上子女与父母有同样的地位，兄弟姐妹与祖父母、外祖父母有同样的地位，更具有正当性。另外，就子女与父母来说，有的地方有“一代养一代”的习俗，如果在被继承人死亡后，有子女而父母不能继承遗产，会使父

母生活陷入困境，不利于保护老年人的合法权益。就兄弟姐妹与祖父母、外祖父母来说，祖父母、外祖父母与被继承人的情感联系一般来说更强于兄弟姐妹。所以，笔者认为，规定子女与父母为同一顺序继承人，兄弟姐妹与祖父母、外祖父母为同一顺序继承人，是妥当的。

关于第三个问题。我国现行继承法规定了法定继承的两个继承顺序，对于未来继承法应规定几个顺序，主要有两顺序说、三顺序说及四顺序说不等。当然这也与各自主张规定的法定继承人的范围不同有关。笔者认为，我国现行法规定的两个继承顺序已经实行 60 多年（因为在继承法施行前，继承政策和司法实务中也是依两顺序继承的），已经为公众熟悉和接受，并形成法律传统，且现行法在两顺序规定并非不具有合理性、正当性，因此，在完善法定继承顺序上，不必对原规定的顺序作大的改动，仅将新增加的法定继承人列为另一顺序即可。

综上，笔者赞同对法定继承人规定为以下三个顺序：

第一顺序：配偶、子女（包括亲生子女、养子女）、父母（包括亲生父母、养父母、有扶养关系的继父母）。子女死亡或者丧失继承权的，由其晚辈直系血亲代位继承，但亲等近者优先。丧偶儿媳对公、婆或者丧偶女婿对岳父、岳母尽了主要赡养义务又无代位继承人的，作为第一顺序继承人继承。有扶养关系的继子女，作为第一顺序继承人继承。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

第三顺序：四亲等以内的其他亲属，亲等近者优先。

对此顺序规定主要需说明以下两个问题。

第一，子女的晚辈直系血亲的代位继承问题。在各国继承法上，一般都规定子女及其晚辈直系血亲为第一顺序继承人，同时规定亲等近者优先。也就是说，在无子女继承时才由其晚辈直系血亲代位继承，代位继承不受代数限制。我国现行继承法未直接规定子女晚辈血亲为第一顺序继承人，而于第 11 条规定了代位继承。这主要是因为我国法上规定的第一顺序继承人除子女外，还有配偶、父母，即使全无子女继承，也不发生子女晚辈直系血亲的本位继承。所以，在第一顺序继承人中仍宜规定子女晚辈直系血亲代位继承。

在代位继承人的继承权性质上，有固有权说与代表权说两种不同主张。依固有权说，代位继承人参加继承是自己本身固有的权利，代位继承权不受被代位人有无继承权的影响，只要被代位人不能继承，代位继承人就得代位继承。因此，不仅于被代位人先于被继承人死亡时，代位继承人得代位继承，即使被代位人丧失继承权，代位继承人也有代位继承权。依代表权说，代位继承人参与继承，不是基于自己固有的权利，而是代表被代位人参加继承的，只有被代位人享有继承权，代位继承人才能代其位参与继承。因此，在被代位人丧失继承权时，其晚辈直系血亲也就不享有代位继承权。在各国和地区的立法上，既有采固有权说的，也有采代表权说的。我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第 28 条中规定，“继承人丧失继承权的，其晚辈直系血亲不得代位继承。”这表明现行法对代位继承权采代表权说。我国台湾地区“民法”则采固有权说。这两种学说各有其道理。依固有权说，丧失继承权为代位继承发生原因之一，就此台湾有学者指出：丧失继承权，带有私法罚性质，“惟因被代位继承人丧失继承权，而由其直系血亲卑亲属继承被继承人遗产时，能否达到对丧失继承权人制裁之目的，甚有疑问。盖是时之代位继承人通常尚未成年者居多，故为其法定代理人之丧失继承权人，仍可就其未成年子女代位继承之遗产，为管理、使用收益甚至又可处分，果如此，则焉有制裁效果可言。”[15]不可否认，采固有权说，确实存在这一弊端。但采代表权说，因被代位继承人的违法行为丧失继承权，而使其晚辈直系血亲不能参与继承，由其晚辈直系血亲承受其违法行为的不利后果，更不合理。况且，从情感和经济联系上说，我国历有“隔代亲”的传统，通常被代位人对被继承人有不法行为，而其直系晚辈血亲与被继承人的亲情并不因此就减弱，因此，于被代位人丧失继承权时，依固有权说由被代位继承人的晚辈直系血亲代位继承，更符合被继承人的意愿。所以，被继承人的子女丧失继承权的，其晚辈直系血亲也应能代位继承。这样规定，也可以弥补现行继承法对孙子女、外孙子女等直系血亲卑亲属继承权益保护不力的缺陷，有利于实现遗产继承中的公平与幼幼价值功能，更充分发挥代位继承制度的作用。[16]

第二，四亲等以内的其他亲属的继承问题。除第一、二顺序的继承人外，四亲等以内的亲属实际上包括三亲等和四亲等两部分亲属。对于这些法定继承人是否规定为不同的顺序，也有不同的观点。有的主张依其亲等远近再分为两个不同的顺序，第三亲等的继承顺序先于第四亲等。这一主张甚有道理。但我们认为，将四亲等以内的其他亲属列为第三顺序，同时规定亲等近者优先，足以保障在有三亲等的亲属时由三亲等亲属继承而四亲等的亲属不能继承的效果，因此，没有必要再将这些亲属分别规定为两个不同继承顺序。

三、法定继承与遗嘱继承的关系

遗嘱继承与法定继承都为继承的方式，现代各国法上无不既承认遗嘱继承又承认法定继承的。但在法定继承与遗嘱继承的关系上，对于法定继承是否有限制遗嘱继承的效力，有不同的立法例。一种立法例为，法定继承只是遗嘱继承的补充，并不能限制遗嘱继承。这种立法例的理论基础在于被继承人处分自己财产的自由，继承的根据在于被继承人的意思。因此，被继承人立有遗嘱的，当依遗嘱继承；无遗嘱时，立法者应根据人的自己情感推测死者的意思，以决定由何人继承。被继承人可以遗嘱自由处分其全部财产而不受法定继承的限制，即使不为任何法定继承人留下任何遗产，也不影响遗嘱的效力。另一种立法例为，法定继承不仅为遗嘱继承的补充，也是对遗嘱继承的限制，被继承人不得以遗嘱自由处分其全部遗产，须受法定继承的限制。采这种立法例的立法，在对

遗嘱继承的限制上，依其理论基础又有所不同，主要有家族协同说与死后扶养说两种理论。家族协同说认为，继承是由于家族协同生活而发生的，家族中的个人死亡后，其财产应传于一定的家族或亲属，即使被继承人设立遗嘱，也必须为法定继承人保留一定的份额。这一份额也就是特留份。大陆法系的继承法多采这种理论。死后扶养说认为，法定继承的根据在于死者的扶养责任。依这种理论，一定范围内的亲属，负有扶养义务的人，不仅在其生存中应当扶养，于其死后也应继续扶养。依这种理论，被继承人虽得设立遗嘱，但遗嘱不能违反其应负的扶养责任，应为受扶养之人留下一定的遗产份额为扶养之用。我国《继承法》规定，被继承人得设立遗嘱处分个人财产，但“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”（第19条）这一制度被称为必留份制度。从这一制度设计上看，现行法在法定继承对遗嘱继承的限制上，采取的是死后扶养说理论。因为对于非缺乏劳动能力又无生活来源的继承人，被继承人生前无扶养义务，死后也无扶养责任，遗嘱中也就不必为其保留必要的遗产份额。这一制度当然有其合理性，但也有不合理之处。其合理性表现在这一制度可以限制遗嘱人的遗嘱自由，以保障无劳动能力又无生活来源的继承人不因扶养人死亡而陷入无人扶养的困境。但这一制度在适用上对于“必要的遗产份额”缺乏可操作性。何为必要？会有不同的理解。若将是否能保障基本生活需要作为必要的标准，在遗产不多的情况下，因不会使这部分继承人的生活状况发生大的改变，尚可达到制度设计的目的；若遗产较多，则以这一必要的标准为其保留遗产份额，显然会使这部分继承人在被继承人死后的生活状况发生较大的改变，而不能达到保障这部分继承人不因被继承人以遗嘱处分遗产而不改变受扶养状况的目的。必留份制度的不合理之处，更在于只要法定继承人不属于缺乏劳动能力又无生活来源的人，被继承人就可以自由处分全部遗产而不给继承人留下任何遗产。这样既有违基本伦理，不合常情，也不利于家庭关系的稳定，不能适应现阶段家庭职能的要求，因此我国继承法上应规定特留份制度。[17]以特留份制度限制遗嘱自由，应为继承法修法时所考虑。

特留份制度虽几乎为各国和地区的继承法所规定，但各国和地区在特留份的性质上采不同的学说，主要有继承权说又称遗产说、债权说以及折衷说。[18]笔者主张，我国法上应采特留份继承权说，特留份为继承人享有的法定继承的遗产份额，特留份权利是法定的继承权，对于特留份这部分遗产，被继承人不得以遗嘱予以处分。所以，尽管各国继承法都是在遗嘱继承部分规定特留份制度，但该制度实为法定继承制度的一部分。

特留份是法律直接规定的继承人享有的不可侵害的应继份额，除继承人丧失继承权或放弃继承权外，不受任何因素包括被继承人意志的影响。特留份制度是法定继承对遗嘱继承的限制，法律对特留份的规定也就是对被继承人处分其财产的遗嘱自由的限制。因此，如何确定特留份也就涉及对遗嘱自由的限制程度。如前所述，特留份制度的理论基础是家庭协同说。但从确定法定继承人的考量因素上看，本文主张扩大法定继承人范围的一个考量因素是尽可能使遗产不会因无人继承被收归国有，法定继承人并非全部是与被继承人有扶养关系的亲属。若使全部法定继承人都享有特留份，则对遗嘱自由限制过严。有学者指出，特留份制度的存在理由之有三：一为基于道义人情之要求；二为基于近亲扶养之要求乃至社会利益之保护；三为基于家制维持之要求。[19]此甚有道理。基于此，笔者赞同以相互有扶养权利义务的近亲属为特留份主体的观点。以本文主张的法定继承人来说，只有第一、二顺序的法定继承人为特留份的主体。若无第一、二顺序的法定继承人，被继承人得依遗嘱自由处分其全部遗产。至于特留份的数额，《继承法》修订时可规定：第一顺序继承人的特留份为应继份的二分之一；第二顺序继承人的特留份为应继份的三分之一；[20]继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的，其特留份不得少于维持其基本生活需要所需的份额。

注释：

[1]当然，也有的国家因以前的继承法规定的法定继承人范围过狭，新法扩大了继承人的范围。《俄罗斯民法》即为典型。

[2]参见王作堂、朱启超、郭明瑞：《试论我国财产继承制度应有的基本特色》，《江流有声：北京大学法学院百年院庆存之民商法学·经济法学卷》，法律出版社2004年版，第187页。

[3]陈苇、冉启玉：《完善我国法定继承人范围和顺序的立法思考》《法学论坛》2013年第2期，第54页。

[4]梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由（侵权行为编、继承编）》，法律出版社2004年版，第159页；王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由（人格权编·婚姻家庭编·继承编）》，法律出版社2005年版，第515页。

[5]张玉敏：《继承法律制度研究》，法律出版社1999年版，第205-206页。

[6]参见注[5]，第206页。

[7]参见郭明瑞、房绍坤、关涛：《继承法研究》，中国人民大学出版社2003年版，第75页。

[8]参见注[4]，梁慧星主编，第158页。

[9]徐国栋主编：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2004年版，第185页。

[10]陈棋炎、黄宗乐、郭振恭：《民法继承新论》，三民书局2001年版，第48-49页。

[11]其理由参见注[7]，第69页。

[12]参见注[3]。

[13]何勤华、李秀清、陈颐编：《新中国民法典草案总览》（中卷），法律出版社2003年版，第456页。

[14]参见注[3]，第56页。

[15]陈棋炎：《亲属、继承法基本问题》，三民书局1980年版，第640页。

[16]参见注[7],第80页。

[17]参见注[7],第148页。关于“特留份”制度的现实意义及其较之“必留份”制度的优点,参见该书第148-150页。

[18]参见史尚宽:《继承法论》,荣泰印书馆其1970年版,第557-558页。

[19]参见注[10],第457-458页。

[20]参见注[7],第152页。

【参考文献】{1}张玉敏:《继承法律制度研究》,法律出版社1999年版。

{2}郭明瑞、房绍坤、关涛:《继承法研究》,中国人民大学出版社2003年版。

{3}梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由(侵权行为编、继承编)》,法律出版社2004年版。

{4}陈苇、冉启玉:《完善我国法定继承人范围和顺序的立法思考》,《法学论坛》2013年第2期。

中国加强法制建设保护妇女免受家暴侵犯

2013年11月01日 新华网 刘陆、陶一萍、牟旭

在刚刚闭幕的中国妇女第十一次全国代表大会上,参会代表再次提出要加快推动制定反家庭暴力法,并凝聚社会力量助力妇女维权工作。

代表们呼吁,家庭暴力对妇女儿童身心造成不可弥补的伤害,保护妇女儿童、消除家庭暴力需要全社会、特别是各级政府都担负应有的责任。

根据全国妇联和国家统计局联合开展的第三期中国妇女地位抽样调查结果,在婚姻生活中,曾遭受过配偶侮辱谩骂、殴打、限制人身自由、经济控制、强迫性生活等不同形式家庭暴力的女性占24.7%,其中,明确表示遭受过配偶殴打的女性为5.5%,农村和城镇分别占7.8%和3.1%。

北京大学法学系教授马忆南介绍,2001年的婚姻法修正案是中国第一次在法律中明确提出反对家庭暴力,涉及预防和制止家庭暴力的措施,明确了村委会和居委会在禁止家庭暴力方面的权责。从2001年到2012年,未成年人保护法、老年人保护法和妇女保护法均有写入反对家庭暴力的条例。

马忆南说,近些年,中国各类媒体对反对家庭暴力的宣传力度也很大,包括传统媒体和新媒体,通过这些大众平台,老百姓能够更好的普法,也是法律法规得以落实的具体体现。

近年来,中国反家暴工作取得了重要进展,中国政府将反对家庭暴力作为工作目标写入了2011—2020年妇女发展纲要和儿童发展纲要,并把落实情况纳入政府工作的评价体系,全国人大常委会已将制定反家庭暴力法列入立法工作计划。

同时,作为中国最大的妇女组织,全国妇联也将反家暴列为重点工作内容,积极实施“中国妇女法律援助行动”,让更多基层妇女群众享受到妇联维权服务。

在各级妇联组织努力下,31个省区市全部完成妇女权益保障法实施办法的修订,28个省区市制定预防和制止家庭暴力的地方性法规和意见,有的地方出台了性别平等法规。

北京市妇联主席赵津芳说,现在,北京市各个区县都建立了庇护所,为受到家暴侵犯的女性免费提供食宿和心理疏导。但是,自从庇护所建立以来,还没有女性来过。一方面是因为中国传统文化“家丑不可外扬”的思想影响,不愿把家务事让外人知道;再有就是严重的家暴事件正在下降。

马忆南说,当今城市妇女接受信息丰富,利用法律积极主动维权,反家暴的愿望比较强烈,有意识寻求法律帮助,主要是找妇联、警察和亲属朋友。然而,农村妇女由于资源少,这方面就弱一些,反抗的措施也跟城市妇女不一样,更多靠自力救济、亲属、村委会等。

马忆南建议,妇女同胞们要加强学习法律知识,克服“家丑不可外扬”的传统观念。同时,公权力机关也需转变观念。警察要及时出警,将家庭暴力案件与一般家庭纠纷区别对待。

代位继承的修法建议

2013年11月06日 法制日报法学院 叶修文

从实务角度而言,被代位人一定是比被继承人早死,这才会发生代位继承,但被代位人既已死亡,依据《民法通则》第9条前段“公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力。”规定可以得出,公民到死亡后,已经不具有民事权利能力。公民死亡既然已经无任何权利能力,则根本无法取得任何“财产”。因此,若将“遗产份额”解读为“财产”,从法理上观之,则任何形式的代位继承根本无法存在。即使被继承人生前将全部财产以遗嘱给被代位人,被代位人既然已经先于被继承人死亡,代位继承人根本无法继承到任何遗产。

有权继承的“遗产份额”应解读为只是继承顺序上,代袭被代位人的“位子”,如此只要被代位人先于被继承人死亡,就会发生代位继承。因为代位继承者只是继承被代位人的“位子”,而不在于是否有继承到任何“财产”,如此代位继承的存在,才有法理依据。况且继承法第11条后段的法律用语,是代位继承人“一般只能”继承他父亲或者母亲有权继承的遗产份额,并非代位继承人“只能”继承他父亲或者母亲有权继承的遗产份额。从法律的文义解释来看,这样的用语具相当弹性,并非要求被代位人“只能”继承到遗产份额,代位人才有资格继承遗产,二者间仍有程度上的差别。代位继承权与“遗产份额”

继承到的财产为“0”(没有继承到财产),只是该份额为0,不能断定“没有继承权”、“丧失继承权”或“抛弃继承”。丧

失继承权必须有丧失继承权的事由,虽然最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国继承法》若干问题的意见第28条,将丧失继承权排除代位继承之适用,此乃立法政策之考虑。此种略带连带惩罚色彩的制度设计,恐有侵害当事人真意之虞,被代位人丧失继承权,不能就此推论被继承人一并惩罚代位继承人,故即使被代位人丧失继承权,代位继承人仍可代位继承。

另外,遗产即使全给其他继承人,不能就此认为都不让代位继承人继承,层次上仍有不同。况且被代位人并无丧失继承权、抛弃继承权,更不可说代位继承人就此无代位继承权。被继承人遗产不给被代位人,并不能推断不给代位继承人。另外,抛弃继承必履行抛弃继承之要件,被代位人先于被继承人死亡,已无抛弃继承之可能。故继承到的财产为“0”,仍是继承到“遗产份额”,即使其他继承人继承全部财产,此时的“0”财产代表的是一种“权利的存在”。理论上若发现新财产,该继承0财产之人仍有继承权。既然有继承权存在(有继承权是基于继承到0财产而来),则可适用代位继承之规定。有债务也当然必须承担,只是由于其继承的财产权利是0,因此其负担债务的义务是0而已。当代位继承人符合第13条第2款“对生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人,分配遗产时,应当予以照顾”的情形,代位继承人依然可以请求照顾才是,此乃基于代位继承人人的固有权资格而生。可知继承0财产的意义非常重要,0财产不能片面解读为没有继承权。

遗嘱继承也应适用代位继承

由于代位继承的内容规定在继承法第二章“法定继承”内,有学者主张代位继承不适用于遗嘱继承。试问,若代位继承仅限法定继承,被继承人生前以遗嘱将遗产全部给未死的被代位人,该遗嘱是否无效?例如被继承人生有一子一女,生前立遗嘱将全部遗产给其儿子,结果儿子比被继承人早死,若遗嘱不发生代位继承,则全部遗产就必须回到法定继承,依继承法第10条第一顺序继承人为配偶、子女、父母,其中假设配偶、子、父母已经死亡,有权继承的第一顺序继承人变成只有女儿,孙子只能透过代位继承跟女儿一起继承财产。如此被继承人以遗嘱方式处分的财产必须回到法定继承,而不是透过代位继承来彰显立遗嘱人的真实意思表示,这无疑将违反被继承人真意。相反地,若被继承人生前立遗嘱将全部遗产给其女儿,则孙子即使代位继承也无法继承到任何财产,这更会违反法律的公平性。

另外,继承法第19条规定“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”其所指的继承人,若从遗嘱人的个人角度观之,当无法预期到代位继承人也必须包括继承法第19条理论上所称的双缺人才时,本条所指的继承人不包括代位继承人。但若从法律体系解释,代位继承人本于代位人固有权的资格来继承遗产,当然为继承人之一。因此,本条若做广义之解释,必定更能保护更多需要被保护的弱势继承人,况且依继承法第19条规定之双缺人,继承人能适用到的可能性已经受到非常压缩了。由于孙子代位继承0财产(有继承权),若孙子符合继承法第19条之双缺人,基于代位权之继承人固有权资格,当然有权请求遗产。若孙子不符合双缺人资格,虽然仍有代位权,则孙子依然不能继承到财产。即孙子有代位权,但是继承到的仍然是0财产。由此可知继承0财产的意义非常重要,0财产不能片面解读为没有继承权。

若规定遗嘱继承亦能适用代位继承,才不违反立遗嘱人真实意思表示。在实务操作适用上,则将遗产分成两部分,一部分属于“全部财产”,因遗嘱处分归他继承人所有,另一部分属于“0财产”属于法定继承,再由第一顺序继承人继承。亦即该“0财产”,由他继承人及代位继承人共同继承,此处的“0”财产代表的是一种“继承权利的存在”。代位继承仅限法定继承有其局限性,又违反立遗嘱人真意,且徒增继承顺序适用上的困扰。

英美法系专家证人资格研究

2013年11月29日 北大法律信息网 丁丽玮 戴志昌

【学科分类】诉讼制度

【出处】《湖北警官学院学报》2013年第7期

【摘要】英美法系的专家证人资格制度对于完善我国司法鉴定制度具有借鉴意义。通过对英美法系专家证人资格的介绍与评论,力图从中获得启示,以针对我国司法鉴定制度现存的突出问题,寻求解决问题的路径。

【关键词】英美法系;专家证人

【写作年份】2013年

【正文】

一、英美法系专家证人之界定

在英美法系国家,运用科学知识解决诉讼中专门问题的人被称为专家证人。《美国法律辞典》把“专家证人”定义为:“在一项法律程序中作证,并对作证的客观事项具有专门知识的人。受教育程度可以为一个人提供作专家证人的基础,但是基于经验的特殊技能或知识也可能使一个人成为专家证人。”美国《布莱克法律辞典》解释道:“专家证人是指因具有专家资格而被许可通过其对专门问题的解答而帮助陪审团认识那些一般证人所无力说明的复杂或技术问题的证人。”[1]美国《联邦证据法》第702条对专家证人也作出了规定:“在科学、技术或者其他专业领域中,能够帮助事实审判者(陪审团或法官)理解证据或者确定某个争议事实的证人,该证人凭借其具有的知识、技术、经验、培训或者教育,可以意见形式或者其他形式进行作证,但是其证言必须符合下述三点要求:

(1) 该证言只能以科学事实或者数据为基础;(2) 该证言是基于可信的原则和方法获得的;(3) 该证人将上述

原则和方法忠实地运用于案件事实的调查中。”[2]根据上述各种解释，英美法系对于专家证人的要求主要体现在技术性、客观性和真实性三个方面。

英美法系采用鉴定人主义（区别于大陆法系的鉴定权主义），即法律和相关主管机关不对专家证人的资格条件作出明确规定，也不把鉴定权固定地授予某个机关或者某些个人。[3]在其司法实践中，法庭并不特别看重专家所获得的资格或者头衔，而是重视其解决问题的实际能力。例如，在 *H.Maudsly v. the Proprietors of Strata Plan* 案件中，原告聘请的专家证人是一位大学物理学教授，而被告聘请的是一位多年从事铺设地板工作的普通工人。在双方发表专家意见之后，法官经过比较分析，最终采纳了那位工人所发表的意见。其理由是：“该工人长期从事铺地板工作，经验丰富，对于地砖防滑性的了解远胜于缺乏实践经验的大学物理教授，后者的意见只是从实验室里演算出来的理论结果。”由此可见，英美法系对于专家证人资格问题的态度是非常务实的。

二、一般证人资格与专家证人资格

美国《联邦证据法》第 701 条对一般证人的规定如下：“如果证人不是以专家身份作证的，那么其作出的意见型或者推理型证言必须受到下列限制：（a）基于证人的感知而合理得出，同时（b）有助于理解该证人的证言或者有助于争议事实的认定，同时（c）不是基于科学、技术或者其他属于 702 条规范的专业领域知识。”[4]根据美国《联邦证据法》第 701 和 702 的规定，一般证人资格与专家证人资格的异同如下：

第一，两者均属于“证人资格”。一般证人和专家证人都是在特定时间、特定案件中享有的一种“证人资格”，两种证人都要受到一般证人规则的约束，例如宣誓、受到交叉询问、为作伪证受惩罚等。

第二，两者本质上是“一个人”和“一类人”的区别。一般证人是特定的人，具有不可替代性，因为亲身感受案件情况而成为证人。而专家证人则是具备专业知识的一类人，其中的任意一位都可能被选中，成为该案的专家证人。

第三，两者在“证人资格”的获得方式上不同。证人是一种资格，这是两者的共性。但两者的不同之处在于资格的取得方式不同。一般证人的资格是“注定的”、“非意愿性的”。而专家证人资格的产生首先是专家自愿，其次是具备相关知识、通过聘用方律师和法庭的审查，最后才能顺利成为专家证人进入案件的审理过程。

第四，一般证人较之专家证人具有优先性。如果某位专业人士是案件的一般证人（例如目击证人等），那么在该案中他只能作为一般证人出庭，而不能同时担任或者只担任专家证人一职。但是，在这种情况下，该证人所给出的证言有可能就不是单纯的“感受”，而是不自觉地结合了自身的专业知识作出的判断。

第五，两种证人的证言的形式、内容不同。一般证人的证言是其所感知的事实陈述，[5]而专家证人的证言是根据专家所具备的知识，对案件事实进行分析得出的推测性意见。

三、专家证人资格的审查

（一）一案一审制

任何一个专业人士，自愿为某个案件提供专家证言、通过聘用律师的审查、通过法庭审查，最后才能成为该案的专家证人。因上述过程在每一个案件中都要重新经历一次，故本文称之为“一案一审制”。即任何一位专业人士不可能因为之前的作证经历而直接地成为另案的专家证人。这一点同大陆法系的鉴定权主义有所不同，在大陆法系国家，某人只要具备了司法鉴定人资格，就可以畅通无阻地成为一个又一个案件的鉴定人。用一个形象的比喻来说明这个问题，即在英美法系国家，在案件诉讼程序中，为案件提供专家证言的人被称为专家证人，当案件诉讼程序结束时，其专家证人身份也就随之消失；而在大陆法系，鉴定人资格与鉴定人绑定，无论诉讼程序是否结束，无论此案彼案，专家的鉴定人身份是不会变化的。

（二）三方审查制

在英美法系国家，涉及到专家证人资格审查的有三种情况：一是雇佣方的审查；二是法庭的审查；三是对方律师（也称“敌方律师”）在交叉询问过程中通过“揭短”等方式对专家证人资格进行的“攻击性”审查。

雇佣方的审查，通常是指雇佣方律师在选任专家时进行的资格审查。审查该专家是否有能力提供所需专业知识、有无不良记录等，而且通常情况下律师会选择有利于己方的专家。除此之外，这种审查还作为法庭审查的“预审”，防止法庭审查时否定专家证人资格而导致不利的诉讼局面。同时，律师在选择专家证人时通常会告之下列事项，“除了专业知识之外，专家必须愿意在诉讼期间内花费必要的时间高效率地对律师所提交的材料进行审查和分析。律师应当能够通过电话或亲自会谈得到专家的帮助。”[6]

法庭对专家证人资格的审查，是指在英美法系国家对专家证人采取庭前审查制度，即一位专业人士是否能够成为某案的专家证人，取决于该案的裁判者在开庭前对其进行的资格审查。专业人士在成为专家证人前必须接受法庭的审查。这种审查通常分为两步：第一步，证明问题的专业性；第二步才是证明专家的专业性。通常情况下，申请专家证人的一方，首先向法庭陈述专家所要证明的问题属于“专业问题”，需要由专家进行解答。其次，由该专家向法庭陈述自己的研究领域、学术成果等与认定专家资格有关的证据。在此基础上，法庭对专家的资格进行审查。法庭必须仔细审查该专家的资格，从而防止其做出没有根据的错误证言。大多数法院对于那些初次成为专家证人的专家审查得更加仔细些，但这并不表明法院对于专家的信赖来自于他之前在其他法庭所做的相关证言。事实上，之前有资格成为相关案件的专家证人与其是否能够成为本案的专家证人无关。美国有关专家证人的立法

长期以来就有这样的特点，即一旦证人不能充分证明其专业知识与案件事实之间的相关性和充分性，法官应毫不犹豫地拒绝其作为专家证人提供证言。

对方律师（敌方律师）在交叉询问中对专家资格所进行的“攻击性审查”，即对方律师在交叉询问过程中，主要针对专家的资质、鉴定材料的合法性与真实性、鉴定程序的妥当性、鉴定方法是否成熟、鉴定结果的正确性等诸多方面进行质疑。由于从专业领域驳倒专家证人的权威并非律师所擅长，因此，律师往往把交叉询问的重点集中于专家的资质和品质上。只要动摇了对专家的资质或者人品的肯定，无疑就动摇了陪审团对该专家的信任度，从而削弱专家证言的作用。即用“揭短、攻击性”的方式来审查专家的资格，从而为法庭是否采纳其专家证言提供依据。如果对方律师指出专家提供的是虚假意见，并且得到证实的话，那么该专家的人格就会遭到否定，其在司法职业界的声誉也必然地遭到破坏，那么他就再也无法执业。[7]

上述三种资格审查的依据通常是专家已经发表的文章、曾经出庭作出的相关证言等。这种“实证”审查的优点在于可以警示专家不要为了利益而“墙头草随风倒”，因为其先后所发表的意见是否统一是法庭审查和律师攻击的重点。但是这种审查也存在着弊端，即以专家之前发表的言论来制约其之后的证言，难免会有反对科学进步之嫌。

四、专家证人资格的评议

与专家证人资格相关的制度可以视为一国司法制度内的一个分制度，因此，对专家证人资格制度利弊的分析必须是在英美法系司法制度内进行的。专家证人资格制度的优点在于其制度设计符合英美法系的司法制度目标，且有助于实现司法制度目标；其不足在于制度的实践超出预设范围，引发相关问题。

专家证人资格制度的优点包括：一是由当事人自己决定专家的聘任、选择，并承担由此带来的后果，充分体现了英美法系主张的处分权原则。二是专家证人制度中的对抗体现了效率原则。任何一方当事人都是为了使得自己赢得诉讼而尽力挖掘有利证据，同时尽力找出对方证据的弊端。这一点符合英美法系对抗制诉讼的制度设计原理，即“从事物两个相对的方向打光，才能最大程度地了解事物的真相”。三是专家证人主体的灵活性以及可采信规则的包容性，使得从理论上讲，任何人类已经知道的领域都可能产生专家证言。这样有利于利用各个领域科学技术的发展为审判提供帮助。四是专家证人资格的广泛性保证了诉讼（民事诉讼和刑事诉讼）双方具有同等的专家资源，较好地体现了现代诉讼构造关系中诉与讼的关系。[8]五是针对专家证人资格设置良好的质证程序，充分保障了当事人的诉讼权利，最大程度地保证专家证据的真实性。

上述内容充分体现了在英美法系司法制度视角下，专家证人资格制度的优越性，但是，制度的设计和实施之间总会存在差异，而且如果制度的实施不在预设范围内，那么制度非但无法发挥优越性，反而会引发更多、更严重的问题：第一，专家的偏向性。由于专家证人资格没有法定统一的标准，而是由当事人决定的，因此专家在利益驱使下经常无法客观公正地提供专家证言，而是仅陈述有利于其当事人的证言，甚至还有可能为了当事人的利益而歪曲事实。这样的选任制度使得专家证言普遍具有倾向性。第二，诉讼效率问题。专家证人的一案一审制度，尤其是通过交叉询问完成的资格“审查”导致英美法系诉讼效率低下，同时消耗了大量的司法资源。第三，损害司法权威。由于专家证人资格的广泛性和不确定性，导致专家证人在人们心中的形象大打折扣，从而也影响了人们对司法的信任。由律师大战到专家大战，使得人们对于司法的公正性和权威性产生质疑。

五、对我国的借鉴意义

英美法系专家证人资格制度对我国司法鉴定制度的借鉴意义如下：

（一）提高鉴定人专业化水平

与英美专家证人资格相比较，我国的鉴定人资格审查制度相对规范，但这种规范有一定的局限性。在我国，有法定资质的司法鉴定人才可以从事鉴定工作，但对于获得司法鉴定人资质所需具备的专业水平及实践经验的审查并不严格。

在我国实践中，鉴定工作人员在鉴定机构工作一定年限后，由该机构向司法行政机关为其申报鉴定人资格，经过简单培训及考核后即可获得，并无全国统一的考试，也无其他专业性资质要求。这种较为宽松的审查机制造成了目前我国鉴定人专业素质参差不齐的局面。加之我国鉴定人出庭质证的情况少之又少，因此并不能说这种鉴定人认证制度会比英美法系专家证人一案一审制度更好些。因此，我们一方面要加强鉴定人规范化管理，发挥其制度优越性，另一方面也要借鉴英美法系专家证人资格审查制度，通过明确鉴定人的专业水平、健全鉴定人出庭质证制度等措施不断提高鉴定人的专业素养。

（二）赋予当事人鉴定程序的启动权

在英美法系国家，是否聘请专家证人，聘请谁作为专家证人是当事人自己决定的，法院只是对其进行资格审查。在我国，根据《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》的规定，司法鉴定的启动权由检、警、法等机关享有，而作为诉讼当事人的犯罪嫌疑人、被害人只拥有补充鉴定或者重新鉴定的申请权。因此，应当赋予当事人当然的鉴定权，即只要当事人申请鉴定就应该实施鉴定，但是送检材料必须经过双方当事人的确认。具体而言：

第一，在立法上增加当事人一审鉴定程序启动规则。即在案件的一审程序中，只要当事人申请鉴定，法院即启动鉴定程序。在一方当事人申请鉴定而另一方未作表示时，法院应当主动征求对方当事人的意见，如果对方也要求申请鉴定，则法院组织双方协商选定共同的鉴定人，协商不成的，由法院强制指定。如果对方明确表示不申

请鉴定,则在一审程序结束前均不得再提出单独申请鉴定。但这并不表示其不能够对该鉴定结论进行质疑、抗辩。此外,在当事人未申请鉴定的情况下,法官出于对国家利益、公共利益和他人利益的考虑,认为必要时,可以不经当事人申请而决定启动鉴定程序。

第二,将法院未依法启动鉴定程序作为再审理的法定理由之一。这里包括两种情况,一是当事人申请鉴定,但是法院未能当然启动鉴定程序,当事人可仅以此为由申请再审;二是案外第三人(利益受损之“他人”)或者享有审判监督权的司法机关行使监督权时,如果发现存在“当出于国家、公共、他人利益考量启动鉴定程序”的情形而法院未启动鉴定时,可以提起再审。

【作者简介】

丁丽玮,北京市密云县委办公室;戴志昌,重庆市永川区公安分局刑警支队。

【注释】

[1]官万路.鉴定人制度比较研究[A].何家弘.证据法学论坛(第一卷)[C].北京:中国检察出版社,2000:86.

[2]Federal Rules of Evidence, Rule 702. Testimony by Experts.

[3]张卫平.民事证据制度研究[M].北京:清华大学出版社,2004:666.

[4]Federal Rules of Evidence, Rule 701. Opinion Testimony by Lay Witnesses.

[5]赵珂,刘明忠.鉴定结论属性新探[J].四川警官高等专科学校学报,2006(3):47.

[6]张卫平.民事证据制度研究[M].北京:清华大学出版社,2004:671.

[7]张卫平.民事证据制度研究[M].北京:清华大学出版社,2004:672.

[8]周湘雄:英美专家证人制度研究[M].北京:中国检察出版社,2006:228.

案件审理中的法官思维

2013年11月06日 案件审理中的法官思维 张建

既有必要也是必须要重新返回案件审理的实地场域,通过田野观察之后来仔细地梳理其中内在的各式机理及逻辑,以便形成真正的“根据中国”而非“关于中国”的思考和讨论。

对于当下中国法院的实践及其效果究竟应该如何评价,学术界有着不同的争议。之所以有如此众多的争议,很大程度上是因学者赖以凭的理论框架与研究进路的前设所致,比如程序正义理论、传统和合文化思想等。由于既有的观点都是通过选择某一理论作为支点,进而可以说它们都是戴着有色眼镜在观察法院的案件审理及诸多实践,这注定是无法看到法院在审理案件时的真实逻辑,也无法洞见到法官审理案件时的思维方式和过程。为此,既有必要也是必须要重新返回案件审理的实地场域,通过田野观察之后来仔细地梳理其中内在的各式机理及逻辑,以便形成真正的“根据中国”而非“关于中国”的思考和讨论。

2013年暑假期间,笔者来到某市法院进行田野调查,第一天就碰到某法官下午要审理一件较为难办的案件。该案件在当地法院之所以被称之为新颖和难办,新颖既有第一次碰到此类案件的味道,更重要的则在于法律关系的新颖。该案件既不同于一般的环境污染案件,又有别于一般的合同纠纷,所以适用法律尤其是证据认定上就存在很多疑难。难办就在于原告并没有请律师协助,使得案件无法按照法律规定的程序走下去,也无法与原告在法律的路径上进行沟通,而被告则干脆没有到庭。对于这种情况,要是原告坚持诉讼请求的话,法官只能开庭审理,而按照既有证据又无法认定被告侵权,则可能会驳回起诉,这种结果原告肯定是无法接受的。因此,在庭前的非正式沟通中,法官就耐心地劝说原告撤诉,并就该案件应该如何取证、进行司法鉴定和提出诉讼请求等对原告进行了详细的讲解。在法官劝说原告撤诉之时,笔者注意到两个问题:第一,当原告要求/请求法官给其写了书面材料之时,法官立刻就拒绝了;第二,法官在劝说过程中,始终不断地强调“将心比心”、“我要是碰到你这种情况,也会着急”等。

很显然,对于法官在审理该案件过程中所扮演的角色,如果简单地套用当下教科书教给我们的那套知识肯定是无法充分而有效地解释全部的实践逻辑。众所周知,上个世纪90年代开始,由于案件受理的激增以及话语方式的转变,法院开启了庭审方式改革,其中最为紧要之处就在于法官所扮演的角色发生了很大的变化。在既往的案件审理程序中,法官不仅要审理案件,还需要担负发现和证实证据的责任。通过庭审方式的改革,法官更多时候则是对原被告呈现在其面前的证据进行判断,举证责任也相应地分配给原被告,因此在案件审理过程中则要求法官扮演中立的、被动的角色。如果以此为依据对法官的做法予以评价的话,则会发现,其行为很显然是突破了被动的、中立的角色,甚至还扮演起帮助原告出谋划策的角色。由此可以得出的结论是:其行为是需要加以批判的。

庭审方式的改革、案件的不断激增尤其是错案追究制度的构建,使得法官在案件审理过程中更喜欢教条地执行法律,所导致的后果就是“案结事不了”,众多的涉诉信访就是较为明显的例证。针对这种情况,法院系统发起了一场新的思维转化,要求法官不仅要审结案件,还需要做到“案结事了”,这种思维变化反映到案件审理方式上就是:更加重视和强调调解的功能,对此还构建起调解考核制度甚至调解率要求的强化机制。调解本身所蕴含的内在价值在于其所具有实现正义的功能,但调解实现的正义并非是程序主义者所宣称的程序正义,更多的是实体正义,尤其是与日常生活紧贴的实体正义。调解机制的内在价值与政法传统下司法的群众路线的内在精神是内在勾连在一起的,而要实现实体正义,则需要法官深入到原被告产生争议的场域之中。因此,如果以此作为评价该案法官行为的依据的话,则发现其并没有能深入到事发现场,而仅仅是限于办公室的交谈,进而也是需要反思和批判的。

但是生活塑造了理论,而非理论塑造了生活。仅仅以单一理论作为研究的进路,显然会发现该法官的行为的确有很多需要反思之处,但其毕竟又成功地实现了案件的解决,至少可以说是暂时地达到了“案结事了”的目的,为此有必要去探究法官在案件审理过程中的真实思维。实际上就法官来说,在审理案件之时之所以耐心地劝说原告撤诉和帮助出谋划策,并非是其有意识地在实践某种法学理论或司法哲学,而是有着内在的较为合理的行为逻辑:

第一,案件不能搞砸在自己手中。由于法院构建了法官绩效考评指标,对法官的结案率、案件平均审理时限都有着严格的规定。劝说原告撤诉,则是最为有效率地结案方式。虽然撤诉后,原告经过一番准备之后可能又会重新起诉,但由于案件是随机分配的,因此案件会分配到谁的手中就很难说了。

第二,既定的法律尤其程序规定对法官构成了强有力的约束。虽然法官在劝说原告撤诉之时,不断地重复和强调换位思考和将心比心,也细心地给原告就应该如何取证、固定证据以及提起诉讼请求等加以指导,但从没有越过法律的雷池。

第三,实体正义观仍然是法官行动的内在动力之一。虽然西学东进已有一百多年,我国近几十年通过法律移植、模仿等也构建起现代的司法制度,但司法在运作之时,其中的行动主体如法官仍然受到传统的实体正义观的支配。有所区别的是,当下的法官更多地是在追求自身利益最大化的基础上,在既定的程序的框架之下,谨慎地追求实体正义的实现。

本案法官在案件审理过程体现出来的诸多特征,并非是单独和孤立的,而是中国整体法治建设和状况的征兆。为此可以推断,当下中国的法治建设,既非像某些保守主义者所言,由于法律移植出现了诸多的水土不服;也非像某些西化论者所说,一旦移植西方法律之后实践上就会有大的改观。诸多的实践表明,当下中国秩序形成原理既与传统社会运作逻辑渐行渐远,但也并非是一蹴而就,而更为紧要的则是西学逐渐地与中国自身的思想融为一体,并不断推动当下法治秩序的形成。

论婚姻家庭住房权的优先保护

2013年10月01日 中国私法网 陈苇 姜大伟

[摘要]:

优先保护婚姻家庭住房权,具有重要的功能和价值,在我国不仅具有法理基础,而且具有现实的社会基础。从域外立法例看,一些国家已经有对婚姻家庭住房权有优先保护的立法内容。基于我国现实国情,宜借鉴他国立法经验,建立婚姻家庭住房权优先保护制度,以彰显我国宪法尊重和保障人权的基本理念,实现法律对婚姻家庭当事人基本人权的保障。

[关键词]:

关键词: 婚姻家庭住房权; 制度功能; 法理基础; 社会基础; 立法建议

婚姻家庭住房权,是婚姻家庭成员根据生活实际需要,对用于共同生活的住房享有居住和使用的权利。未经共同居住的全体家庭成员之同意,房屋所有权人不得擅自处分该住房,若其擅自将该住房出售给善意第三人,则其他家庭成员得根据婚姻家庭住房权,对抗善意第三人。目前,我国法律尚无优先保护婚姻家庭住房权之规定,法学理论界对此亦存有“肯定说”与“否定说”之分歧。本文以婚姻家庭住房权为研究对象,在对“否定说”商榷与评析的基础上,从制度功能、理论基础、社会基础以及立法价值的角度进行研究分析,论证在当下优先保护婚姻家庭住房权之合理性,以期为我国制定保护婚姻家庭住房权的立法提供参考。

一、婚姻家庭住房权应否优先保护之论争

目前,我国理论界和实务界,对婚姻家庭住房权应否优先保护,主要有两种观点:一是“肯定说”,即基于优先保护婚姻家庭成员基本生存权的价值取向,主张婚姻家庭住房权应优先保护;二是“否定说”,即基于维护交易安全、促进发挥物之效用的价值取向,主张优先保护善意第三人利益。

“肯定说”认为,应当优先保护婚姻家庭住房权。其主要基于以下三点理由:[1]

第一,优先保护婚姻家庭住房权,既有联合国1948年《人权宣言》保护基本人权的倡导,也有我国《宪法》、《婚姻法》之规定等法律依据,保护婚姻家庭住房权,就是保护人的基本人权。

第二,优先保护婚姻家庭住房权,有现实的社会基础,符合我国基本国情,符合绝大多数民众的切身利益。

第三,优先保护婚姻家庭住房权,目的在于使婚姻家庭当事人有房可居,以维持家庭成员的基本生存需要,而法律保护善意第三人的利益,目的在于保护交易安全,以保障社会经济的正常发展。从生存权与发展权的关系看,生存权应当优先于发展权。婚姻家庭住房权与人的生存权密切相关,因此,对其应予优先保护。

“否定说”认为,善意第三人的利益应优先保护。其主要基于以下四点理由:

第一,家庭成员的“居住需要”未区分“普通型”及“豪华型”居住需要。每个家庭的生活水平不同,因此,“居住需要”的内涵和层次在实践中难以统一标准认定和操作,婚姻家庭住房难以界定。[2]

第二,如果法律对擅自处分婚姻家庭住房的行为不适用善意取得制度,一方面有违物权法之本意,因为善意取得之设立旨在保护交易安全,促进物的效用。另一方面婚姻法是民法的基本组成部分,应当与民法的基本规则保持一致。夫妻共同财产是共有财产,应当适用物权法规定的共有规则,否则必然破坏民法规则的统一性,破坏市民社会的正常秩序。[3]

第三，在我国现有制度保障下，婚姻家庭养老育幼职能已然能够实现。一方面，我国婚姻法已经规定，赡养老人是子女的义务，同样，抚养教育未成年子女亦是父母的义务。另一方面，我国社会保障工作正在逐步完善，家庭成员“居有所”的权利应当由国家和社会进行保障。[4]

第四，保障家庭成员的居住权利“无疑会限制房屋所有权人对房屋的有效利用”，“与物权法保障充分发挥物之效用的功能相违背”。[5]

并且，如果法律规定婚姻家庭住房不得处分，那么在房价畸高的情况下，可能会存在唯利是图的卖房者借机反悔的投机情形，反而不利于保护交易安全和善意第三人的权益。[2]

二、对“否定说”之评析

如前所述，“否定说”认为，善意第三人的利益应当优先于婚姻家庭住房权受法律保护以维护交易安全。然而，我们认为，“否定说”的主要理由值得商榷。

第一，“否定说”以家庭成员的居住需要难以认定和婚姻家庭住房难以界定，作为否定优先保护婚姻家庭住房权的依据之一，其理由不够合理。因为婚姻家庭住房具有区别于一般住房的明显特征：第一，从居住成员看，居住成员间具有婚姻、血缘或法律拟制所形成的身份关系，彼此互有法定的扶养义务。第二，从住房数量看，一个家庭一般只有一套住房用以满足全体家庭成员共同生活的居住需要。如果家庭成员拥有多套房屋，处分房屋时只须保留其中一套经常共同居住的房屋，以保障家庭成员满足实际的基本居住生活需要。第三，从住房权属看，该住房可由家庭成员共同所有，也可由家庭成员中一个人所有或数人共同所有，而其他家庭成员对该房享有居住和使用的权利。第四，从住房职能看，该住房主要用于满足夫妻生活、赡养老人和抚育未成年子女等基本生活需要，不具有如转让、抵押、租赁等含经济效益的投资职能。实践中，只要把握好认定的尺度和标准，婚姻家庭住房是可以界定的。因此，“否定说”将家庭成员的居住需要难以认定和婚姻家庭住房难以界定作为否定其优先保护之理由，难以成立。

第二，“否定说”认为善意取得制度应适用于一切交易领域，婚姻家庭领域亦不例外。我们认为，此说不符合身份法的特殊性要求。诚然，婚姻法、物权法同属民法的重要组成部分，民法的基本原则、价值理念乃至基本规则，一般情况下亦适用婚姻家庭领域。然而，婚姻法与物权法在调整对象、性质和功能等方面都有所不同，因此，婚姻法应当有、也可以有不同于物权法的特殊规定。并且，在婚姻家庭领域的法律适用时，婚姻法是特别法，物权法是一般法，当两者之规定相冲突时，应首先适用婚姻法。[1]诚然，在一般情况下，当夫妻一方擅自处分共同所有的房屋时，为维护交易安全，对善意第三人的信赖利益应适用善意取得予以保护。但是，若该房屋为家庭成员共同生活需要的唯一住房时，因涉及到保护家庭成员的住房权，为保障其基本生存权，使其住有所居，就不能一概适用善意取得制度，这是婚姻家庭法保护婚姻家庭特有的立法宗旨所决定的，即善意取得在婚姻家庭领域的适用应受必要限制。事实上，我国物权法对善意取得的适用条件及适用范围已有限制性的除外规定^①，因此，在婚姻家庭领域，婚姻法对善意取得的适用作出必要限制，并不引起现行法律间的适用冲突，亦不构成对民法规则统一性的破坏。

第三，“否定说”认为我国现有制度已然能够保障家庭成员的住房权，并列出了前述两点理由予以论证^②。诚然，我国婚姻法规定父母子女间互有扶养义务，住房权的保障已是扶养义务的应有之义，但是，若住房所有人罔顾扶养义务之存在，擅自将承载扶老育幼职能的住房出售给第三人，则父母抑或子女的住房权何以保障？同时，现阶段将家庭成员的住房保障全部由社会保障承担，还缺乏现实的社会财政基础（详见后述）。因此，法律必须在制度上确认优先保护婚姻家庭住房权，否则法律规定父母子女间互有扶养义务也将因事实上无法履行而沦为倡导式规定。这是保障父母子女间履行扶养义务的现实需要。

第四，“否定说”认为如果规定婚姻家庭住房受优先保护，一是不利于发挥物之效用，二是担心存在唯利是图、借机反悔的投机卖房者，不利于保护交易安全和善意第三人的权益。我们认为，这是价值观念错位的非理性做法。发挥物之效用，不能以牺牲家庭成员的基本生存权为代价。并且，实践中，唯利是图的投机卖房者借机反悔，损害善意第三人利益的情形之发生，并不在于是否承认擅自处分婚姻家庭住房的效力。如果建立了系统的房屋登记制度，不给擅自卖房者可乘之机，并且社会建立完善的个人诚信档案等，则可从根本上杜绝此类现象。所以，否认优先保护婚姻家庭住房，而主张优先保护善意第三人利益，这实际上涉及生存权与发展权孰优先保护的问题。我们认为，如果承认婚姻家庭住房擅自处分的效力而保护善意第三人利益，这是有悖我国宪法保障基本人权的立法理念的。因为维护交易安全，促进社会经济发展，应当建立在优先保护人的基本生存权之上，因此，应当优先保护婚姻家庭住房权。综上所述，“否定说”的四点理由是不科学、不合理的。

三、对“肯定说”之主要理由证成

对于婚姻家庭住房权应否优先保护，我们持“肯定说”。以下我们从婚姻家庭住房权的功能、法理基础、社会基础以及所体现的法律价值四个方面，证成在当下中国优先保护婚姻家庭住房权之合理性。

（一）婚姻家庭住房权之功能

婚姻家庭住房权的优先保护，从微观而言，一方面为家庭成员自由全面发展提供基本生活保障，另一方面亦为实现婚姻家庭之扶老育幼职能提供物质基础。从宏观而言，有利于促进家庭和睦，为社会稳定、经济发展提供坚实后盾。

第一，从个人看，婚姻家庭住房系家庭成员居住权实现的物质基础，是家庭成员实现个人自由全面发展的前提条件。马克思指出：“人们首先必须吃、喝、住、穿，然后才能从事政治、科学、艺术、宗教等等；所以，直接的物质的生活资料的生产，从而一个民族或一个时代的一定的经济发展阶段，便构成基础。人们的国家设施、法的观点、艺术以至宗教观念，就是从这个基础上发展起来的。”[6]776 美国社会心理学家马斯洛著名的“人类需求层次理论”[7]304—307 认为，人的需求按由低到高排序，包含五个层次：生理需要；安全需要；社交需要；受到尊敬的需要；自我实现的需要。这五类需要的满足是分层次的，人们首先满足最低层次的需要后，才会追求更高层次的需要，由此上升，从而实现自我价值。显然，个人若想得到自由全面的发展，首要前提则是解决衣食住行等基本生存问题，因此，人只有是生存着的，才能有进一步发展之可能。对婚姻家庭住房权给予优先保护，将在制度层面保障家庭成员稳定的居住权，使其能够心无旁骛地投入到自己所追求的理想和事业中去，实现个人自由全面的发展。

第二，从家庭看，有利于实现婚姻家庭之养老育幼职能。家庭是社会的基本单位，家庭养老育幼职能的实现必须依赖一定的物质基础，而在诸物质基础中，住房则因其特殊用途而构成基础之基础，因为它不仅是家庭成员遮风挡雨、驱寒避暑的场所，而且亦是家庭成员交流情感、慰藉心灵的温馨港湾^③。如果没有住房，家庭的意义将失所附丽。如果没有婚姻家庭住房权，家庭之养老育幼职能的实现就无以保障。目前在我国，由于社会保障功能尚未完善，抚育子女、赡养老人仍是大多数家庭的一项重要职能，也是我国法律明确规定的义务。因此，对婚姻家庭住房权予以优先保护，将为抚育子女、赡养老人所必需的居住环境提供可靠的制度保障。

第三，从社会看，有利于促进社会的稳定和发展。“天下之本在国，国之本在家”，家庭是社会的基石，家庭的和睦稳定是社会和谐安定的基础，而拥有稳定的居所则是婚姻家庭和睦稳定的前提，因为这与我国安居乐业的传统生活习惯息息相关。千百年来，国人都为能拥有家庭住房而奔波，大凡儿女婚配，父母必以准备婚姻家庭住房为头等大事，而不管付出多大代价。即便在目前我国房价畸高的情形下，父母仍为子女结婚购房，而不惜倾注毕生积蓄。住房之于国人，已视为家的概念，有了共同居住的“家”，才能“安居”，尔后“乐业”，进而为社会创造财富，促进社会稳步发展。因此，对婚姻家庭住房权给予优先保护，将是尊重我国传统生活习惯的表现，也将有利于促进我国和谐社会的构建。

（二）优先保护婚姻家庭住房权之法理基础

在我国，婚姻家庭住房权优先保护，不仅是保障家庭成员基本生存权利的要求，而且符合我国法律保护妇女、老人以及儿童权益的立法精神。

第一，保障家庭成员的基本生存权利。生存权利是最基本最重要的人权，是其它人权的基础，它不仅包括人的生命不受非法剥夺的权利，也包括维持人的生命存在所必需的生活保障的权利。[8]307 联合国 1948 年《人权宣言》明确规定：家庭是天然的和基本的社会单元，并应受社会和国家的保护，人人有权享受为维持他本人和家属的健康和福利所需的生活水准，包括食物、衣着、住房、医疗和必要的社会服务，任何人的私生活、家庭、住宅和通信不得任意干涉^④。从此意义讲，优先保护婚姻家庭住房权是有效保护基本人权之生存权的基本要求。优先保护婚姻家庭住房权，就是优先保障基本人权。

第二，符合我国法律保护妇女、老人以及儿童权益的原则。实际生活中，妇女、儿童和老人属于弱势群体。为了保护他们的合法权益，我国法律对保护妇女、儿童和老人的合法权益有明确的规定，如我国《宪法》第 49 条明确规定，婚姻、家庭、母亲和儿童受国家保护。我国现行《妇女权益保障法》、《老年人权益保障法》以及《未成年人保护法》亦分别从各自所保护的主体出发，对他们权益的保护作出了专门规定^⑤。依据上述各法规定之意旨，婚姻家庭住房权应当是他们享有的基本权利之一，应当受到法律的特殊保护。如果这些弱势群体当事人所居住房成为与善意第三人交易之标的，婚姻家庭住房权与善意第三人的利益两者孰应优先受到保护？如果优先保护善意第三人之利益，妇女、老人以及儿童将因无房可居，陷入生活无着的悲惨境地，这显然违背了上述各法规定的原则。因此，为了贯彻落实上述各法之保护妇女、儿童和老人合法权益的原则，切实保障他们的合法权益，对婚姻家庭住房权应当予以优先保护。

（三）优先保护婚姻家庭住房权之社会基础

在我国，随着社会经济的发展，我国居民生活条件包括住房条件已得到明显改善，但现阶段我国仍属于发展中国家，优先保护婚姻家庭住房权，存在着现实的社会基础。

第一，我国居民拥有住房的现实状况。改革开放以来，国家注重改善城镇居民的生活条件，采取系列措施使城镇居民逐渐从无房、租房向有房、住好房转变。2008 年我国城镇居民自有房屋拥有率达 87.8%，比 1983 年提高了 78.4 个百分点，[9]极大地提高了我国城镇居民的居住水平。然而，我国是一个人口众多、物质资源相对匮乏的国家，目前我国绝大多数家庭只拥有一套住房。为进一步解决我国居民的住房问题，近年来，我国政府大力推进实施保障性安居工程建设，以切实保障居民的基本居住权利^⑥。我们认为，在国家千方百计保障居民基本住房需求、改善民生的今天，对于社会民众的基本居住权利，法律应当给予保障，对于家庭成员的婚姻家庭住房权亦应当给予优先保护。

第二，现阶段，养老育幼仍是我国婚姻家庭的重要职能。在我国社会主义初级阶段，家庭除继续是婚姻家庭成员的情感交流场所外，大部分家庭仍然发挥着养老育幼、物质生产、家庭成员间的扶助和保护等基本职能。[10]虽然近年来，我国社会保障事业不断发展，社会保障体系日臻完善，但基于我国人口多、底子薄的基本国情，婚姻家庭承担的养老育幼职能不可能短期内改变，家庭住房仍是养老育幼的基本场所。目前我国人口老龄化日益加重，老龄事业发展任重道远⑦。同时，现阶段我国未成年人的监护仍以家庭监护为主，家庭仍是未成年人成长的重要场所。因此，为使老人能够颐养天年，子女能够健康成长，稳定的居住环境必须得到保证。对婚姻家庭住房权给予优先保护是我国婚姻家庭履行养老育幼职能，维护老年人、未成年人合法权益的必然要求。

(四) 优先保护婚姻家庭住房权之法的价值

从制度价值的角度言，优先保护婚姻家庭住房权，体现和彰显了法律对公平、效益、秩序等价值理念的追求。

1. 追求实质公平

是法的基本价值之一，其意在强调：人在法律地位上无差别，都有同等机会参与社会活动。然而，机会平等并不意味着实质公平，人与人之间事实上往往存在着经验、智力、机遇等各种差别，这将会导致在某些方面存在弱势的人在社会活动中处于不利境地，沦为经济弱者，其往往可能会丧失自由发展的空间，甚至直接威胁到基本生存。为追求实质的公平，保障弱者的基本人权，法律应当在制度上给予弱者的权益优先保护，以保障其为满足生存的最基本需求。对婚姻家庭住房权给予优先保护，将为家庭成员中如妇女、儿童和老人等经济弱者的居住权益提供基本的制度保障，这是法律追求实质公平的价值理念的体现。当然，现实生活中可能存在善意第三人购买的房屋可能也为婚姻家庭居住用房的情况，此时若专门保护住房原所有权人的家庭成员的居住权益，对于善意第三人的家庭成员而言，是否有失公平？我们认为，在市场经济条件下，善意第三人在以合理的市场价格购房时，拥有很多的选择空间，他完全可以选择其他房源。而对于住房原所有权人的家庭成员而言，若其弃现居住用房而再寻找其他可供居住房源时，则可能产生不必要的成本和资源的耗费。因此，从机会选择和成本耗费的角度言，优先保护原权利人的婚姻家庭住房权，并非有失公平，而将彰显法追求实质公平价值的理念。

2. 彰显法之效益价值

法律对于效益的追求体现为，一方面通过对各种行为模式的规定，指引着人们的行为，为争取最优化的实际效果提高程序保障；另一方面，法律的效益价值要求人们以较小的投入，减少不必要的资源耗费。[11]144—147从立法活动的产出和收益角度言，优先保护婚姻家庭住房权，可以增强立法效益，在一定程度上减轻人民法院的诉累，体现法的效益价值。我国《物权法》颁行后，审判实践中出现了一种新类型案件，即婚内夫妻一方要求确认财产共有权并在房屋产权证书上加名的诉讼。其原因在于该法确立了一种优先保护社会交易安全的善意取得制度。据此制度，只要符合善意取得的构成要件，房屋的所有权当然发生移转，而家庭成员的居住权则可能因此丧失。因此，该法颁行后，出现大量房屋产权加名的诉讼案件不是偶然的，而反映了婚姻家庭成员要求住房权得到法律优先保护的现实需求，这对于人民法院而言，无疑加重了工作负担。即从效益角度考量，如果仅仅保护善意第三人交易安全，而罔顾家庭成员的婚姻家庭住房权，其立法效益是低下的。因此，对婚姻家庭住房权给予优先保护，对善意取得的适用作出必要限制，将彰显法律对效益价值的追求。

3. 实现法之秩序价值

秩序是通过法律的调整而力图达致社会的有序化状态，[12]152它是法的重要价值之一。法的秩序价值，是通过法的社会控制实现的，一方面通过划定、分配和调整利益，另一方面通过创设规范，实现法对秩序价值的预期追求。[13]400现代社会是文明社会，一般通过预先创设某种行为规范，为人们行为提供指引、教育、预测和评价，以实现社会有序之状态。从此种意义讲，创设婚姻家庭住房权优先保护制度是必要的，是实现法之秩序价值的应然要求。家庭是社会的基本单位，家庭的稳定是社会和谐有序的重要保证，婚姻家庭成员的居住权益能够得到制度上的优先保障，则是家庭稳定的重要物质性条件。如果婚姻家庭住房权得不到优先保障，家庭之维系则丧失物质基础，家庭成员因此可能陷入居无定所、朝不保夕之命运，遑论家庭乃至社会之和谐有序。这里须注意的是，婚姻家庭住房权的优先保护，是否妨碍交易安全及秩序？我们认为，其并非妨碍交易安全及秩序，因为此制度之设立，旨在为保护家庭成员的居住权提供制度保障。对于买卖房屋的当事人而言，只是须对交易房屋的权属、用途等基本情况尽审慎审查义务而已。因此，对婚姻家庭住房权给予优先保护，将有力地维护家庭及社会秩序的稳定，突显法对秩序价值的追求。

四、婚姻家庭住房权：域外立法例考察与评析

考察国外立法，一些国家已经设有优先保护家庭成员住房权的法律规定。“他山之石，可以攻玉”，下文拟考察法国、瑞士、意大利、英国等四国在婚姻家庭住房权优先保护方面的立法，以资参酌。

(一) 域外立法例之考察

1. 法国立法

《法国民法典》第 215 条明确规定，婚姻家庭住房是夫妻共同选定的家庭住所，未经他方同意，任何一方不得擅自处分据以保障家庭住宅的权利，也不得处分住宅内配备的动产家具。依据该法，擅自处分婚姻家庭住房的行为在性质上属效力待定行为，没有表示同意处分的配偶一方有权在知道擅自处分行为之日起 1 年内予以撤销。第 220 条规定，若夫妻一方擅自处分婚姻家庭住房，严重违反其养老育幼义务，危害到家庭利益时，家事

法官得命令采取家庭利益所要求的各项紧急措施,包括禁止该配偶一方在未经另一方同意的情况下处分其个人财产或夫妻共同财产,不论是动产还是不动产。另外,该法通过设立居住权,以保障家庭成员的居住权利。其第 633 条明确规定,居住权仅以其利益设定此种权利的人及其家庭成员满足居住需要为限,以限制住房所有人的权利⑧。

2. 瑞士立法

《瑞士民法典》第 162 条规定,婚姻住所由夫妻双方共同决定,只有取得夫妻他方的同意,夫妻一方才能终止租约、出售家庭的房屋或公寓,或者通过其他合法交易限制家庭对住房的使用权。同时,对婚姻家庭住房(家宅)的设立采登记主义,依第 354 条规定,设立用于家庭成员居住生活的家宅必须满足供养家庭生活或居住的实际需要,但基于重要原因,经主管官厅批准,也可暂时用于其他目的。家宅设立后,不得对家宅设立抵押权或质权,所有人亦不能转让、出租,也不能为清偿债务而强制执行,但强制管理除外。家宅在所有人死亡时终止,但若按其遗嘱将家宅转移至继承人的,家宅仍继续存在,所有权人也可在生前终止设立的家宅,但如果终止设立家宅使家庭成员稳定居住生活受到影响的,家宅不得终止。另外,在“物权”编通过设定居住权制度以保障家庭成员的住房权,即家庭成员对所有权人住房的一部或全部享有居住和使用住房内公共设施的权利,所有权人不得干涉⑨。

3. 意大利立法

《意大利民法典》第 184 条规定,如果婚姻家庭住房属于夫妻共同财产,未经夫妻他方必要的同意或者追认,夫妻一方擅自处分婚姻家庭住房的行为属效力待定行为,有权表示同意的夫妻他方在知道该处分行为后 1 年内可以提起撤销之诉,在任何情况下,撤销之诉均应当自登记之日起 1 年内提起,未进行登记并且在共有关系解除前夫妻他方一直不知道该处分行为的,应当在共有关系解除 1 年后提起。同时,夫妻一方或双方可以根据需要以公证或遗嘱方式将登记的住房(特定的不动产)设立为家庭财产基金,由夫妻双方所有,未经共同同意,不得转让。有未成年子女的,还须法院议事室决定和法官的许可。另外,该法亦对在他人住房之上设立居住权作出一般规定,以保护家庭成员的住房权。即对房屋享有居住权的人可以在自己和家庭需要的限度内享用房屋⑩。

4. 英国立法

《英国家庭法》(1996 年)在“家庭住宅与家庭暴力”一章中对婚姻家庭住房权做出专门规定。该法第 30 条规定,夫妻一方在另一方基于使用权、所有权、契约或者依法继续占有住房,而自己却不享有此项占有权利时,对该住房享有婚姻住房权益。婚姻住房权益包括:如果夫妻一方正占有住房,另一方不得将其逐出该住房,除非法院作出指令予以许可;如果未占有住房,经法院许可有权进入并占有该住房。上述婚姻住房权益仅适用于夫妻双方打算作为婚姻家庭住房的房屋。在婚姻关系存续期间,夫妻一方的婚姻家庭住房权视为对另一方住房所有权或收益权上的负担,若另一方将其住房进行托管,则夫妻一方的婚姻家庭住房权同样是另一方的受托人所有权或收益权上的负担。另外,当住房所有权人对住房进行抵押时,夫妻一方的婚姻家庭住房权对第三人的抵押权有对抗效力?。

(二) 域外立法例之评析

上述各国法律对保护家庭成员的居住权利的规定内容虽不尽一致,但其立法目的是一致的,无论在立法体例之编排抑或规则设计上都充分体现了优先保护婚姻家庭住房权,同时兼顾保护社会交易安全及善意第三人利益的基本理念。

从立法体例看,前述四国立法一方面根据住房的用益性特征,法国、瑞士、意大利三国皆在民法典“物权”部分设立居住权,以保障公民住有所居的权利;另一方面根据婚姻家庭住房承载的养老育幼职能,均通过调整婚姻的一般义务和夫妻财产关系的法律规范,对保护婚姻家庭住房权作出特殊规定。但在立法体例的编排上,法国、意大利均通过规范夫妻财产制,以达到保护婚姻家庭住房权的目的。瑞士则将保护婚姻家庭住房作为夫妻的义务,在“婚姻的效力”和“家庭财产”中予以规定。英国则通过单行法对婚姻家庭住房权作出专门规定。

从立法内容看,前述四国既有相同之处,亦存在区别。其相同之处在于:四国立法都对夫妻一方擅自处分住房作出禁止性规定。其区别表现在:第一,擅自处分住房的法律后果不同。英国法规定婚姻家庭住房权在婚姻关系存续期间是所有权或收益权的负担,对善意第三人具有对抗效力。其他国家则对夫妻一方擅自处分住房的行为规定为效力待定行为,夫妻他方有追认或撤销的权利。另外,为敦促权利人尽快行使追认或撤销权,法国、意大利、还对作出追认或撤销权的期间进行限制性规定,以兼顾保护婚姻家庭住房权和善意第三人的交易安全。第二,有的国家在程序上,对婚姻家庭住房权的保护作出特殊规定。如瑞士法规定家宅的设立必须登记,采登记生效主义;有的国家将婚姻家庭住房作为特殊财产,如意大利法准许将住房设定为家庭财产基金,予以保护。

五、我国婚姻家庭住房权立法之反思与重构

(一) 立法反思:以《婚姻法解释(三)》第 11 条规定为中心

2011 年最高人民法院《婚姻法解释(三)》第 11 条规定,一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋,第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续,另一方主张追回该房屋的,人民法院不予支持。因擅自处分该房屋造成另一方的损失,离婚时另一方可以请求赔偿,人民法院予以支持。

从该条规定的意旨看,我们认为,有以下两点值得反思。

第一，无优先保护婚姻家庭住房权之特别规则设计。依据该条规定，若夫妻共有住房为婚姻家庭居住用房，且成为交易对象的情形下，法院仍将支持优先保护善意第三人利益，而对婚姻家庭住房权未予特别保护性规定。从其规则设计看，该条与我国现行司法解释有关处理夫妻财产管理与善意第三人关系的规则设计上一脉相承，均优先保护善意第三人之交易安全。我们认为，市场交易安全固然需要维护，但婚姻家庭住房权之优先保障更不能忽视。因为家庭的稳定是社会稳定的基础，若家庭成员之住房权得不到优先保护，其可能陷入无家可归的境地，遑论家庭乃至社会之稳定。因此，在规则设计上，立法应对婚姻家庭住房权作出优先保护性规定。

第二，欠缺优先保护婚姻家庭住房权之立法理念。依该条规定之精神，当夫妻一方擅自处分属于为维持婚姻家庭共同生活所必需的房屋，家庭成员因生存而享有的住房权益与市场因发展而需要维护交易安全，两者发生冲突时，其优先保护的是市场交易安全，遵循的是民法规则，与民法规则保持一致。这却有悖身份法需要优先保护婚姻家庭成员利益的立法宗旨，故此立法理念是不科学、不合理的。如前所述，目前在我国婚姻家庭住房仍是家庭成员日常生活的重要场所，是婚姻家庭养老育幼职能得以履行的重要载体，因此，婚姻家庭住房应当且必须得到法律的优先保护，以彰显法律尊重和保护人权的基本理念。

(二) 我国婚姻家庭住房权优先保护之立法设计

住房是特殊的家庭财产，从静态属性看，是家庭成员最基本的生活场所，可满足其生存之需要；从动态属性看，属一般的物，自可成为交易之标的。因此，立法应当考虑住房的特殊性，一方面确立婚姻家庭住房权优先保护，另一方面亦要兼顾保护交易安全和善意第三人的利益。基于此，在考察我国基本国情，并借鉴国外立法经验的基础上，我们对优先保护婚姻家庭住房权拟定以下立法构想。

第一，鉴于婚姻家庭住房担负着婚姻家庭养老育幼的重要职能，建议在《婚姻法》中增加规定优先保护婚姻家庭住房权的内容。可以借鉴国外立法，区分住房属夫妻一方所有或双方所有的情况，分别立法。对于住房属于夫妻共同财产时，借鉴法国、瑞士、意大利之立法，规定夫妻一方在一定期间内对未经其同意的处分为有主张撤销的权利；对于住房属于夫妻一方财产时，则借鉴英国立法，规定夫妻另一方的居住权利具有对抗善意第三人的效力。具体条文设计为：

“婚姻家庭住房受法律保护。婚姻家庭住房属于夫妻共同所有的，夫妻一方未经另一方同意，擅自处分婚姻家庭住房的，夫妻另一方可以在知道该处分为后 1 年内依法提请法院撤销。”

“婚姻家庭住房属于夫妻一方所有的，夫妻另一方在婚姻关系存续期间有居住使用的权利。夫妻一方擅自处分该住房的，另一方可以未经其同意为由，对抗善意第三人。”

“因生活需要，居住在婚姻家庭住房内的其他近亲属，得以婚姻家庭住房权对抗善意第三人。”

第二，基于物权公示公信原则，在坚持不动产权属以登记为表征的前提下，为保护婚姻家庭成员的住房权益，我们建议，可以借鉴重庆、成都两地在办理房屋权属登记(买卖)实践中的做法。上述两地不动产登记部门规定：出卖人除出具一般的权属证明和材料外，尚须出具婚姻证明、配偶同意该房屋出售的书面证明等书面材料。这种做法不仅坚持物权公示公信原则，而且亦保护了夫妻的财产权益和住房权。但不应忽视的是，现实生活中，婚姻家庭住房居住的成员除夫妻外，可能还包括子女和老人。对于他们的居住权益亦须保护，因此为保护其他家庭成员的住房权益，出卖人除出具上述书面材料外，尚须出具居住在该房屋内其他近亲属同意出售的书面证明(未成年人由其监护人代为出具书面证明)。具体条文设计为：

“出卖人除出具一般的权属证明和材料外，还须出具婚姻状况证明、已婚者须出具配偶同意该房屋出售的证明等书面材料。”

“有其他近亲属居住的，出卖人还须出具其他近亲属同意该房屋出售的证明等书面材料(未成年人由其监护人代为出具书面证明)。”

【注释】

①依 2007 年《物权法》第 106 条第 1 款规定，无权处分人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回，除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或动产所有权。此即对善意取得的规定，但对其适用情形作了一定限制，即法律另有规定的除外。此除外规定为其他法律在特殊情形下作出限制性规定提供了法律依据。

②一是父母子女间的法定扶养义务包含了对住房权的保障；二是日益完善的社会保障可以保障家庭成员的住房权。

③我国古人就将家庭的含义释为居所、住宅。如《康熙字典》所录《说文》对“家”的解释为：“豕居之圈曰家，故从宀从豕，后人借为室家之意。”而“庭”则指“厅堂”，为“正房前的空地。”参见张文霞、朱冬亮：《家庭社会工作》，社会科学文献出版社 2005 年版，第 12 页。

④参见联合国 1948 年《人权宣言》第 12、16、25 条。<http://baike.baidu.com/view/3438497.htm>，访问时间：2012 年 8 月 4 日。

⑤参见 2005 年修正后的《妇女权益保障法》第 30、31 条；1996 年《老年人权益保障法》第 10、11、13 条；2006 年修正后的《未成年人保护法》第 3、10 条。

⑥2011年《我国国民经济和社会发展规划纲要》指出:要加快完善符合国情的住房体制机制和政策体系,逐步形成总量基本平衡、结构基本合理、房价与消费能力基本适应的住房供需格局,实现广大群众住有所居。这要求各级政府加大保障性安居工程建设力度,重点发展公共租赁住房,加快棚户区改造,规范发展经济适用住房,增加中低收入居民住房供给,提高住房保障水平。<http://news.sina.com.cn/c/2011-03-17/055622129864.shtml>, 访问时间:2012年6月27日。

⑦2011年《中国老龄事业发展“十二五”规划》中指出:从2011年到2015年,全国60岁以上老年人将由1.78亿增加到2.21亿,平均每年增加老年人860万;老年人口比重将由13.3%增加到16%,平均每年递增0.54个百分点。该规划明确,要坚持家庭养老与社会养老相结合,充分发挥家庭和社区功能,着力巩固家庭养老地位,构建居家为基础、社区为依托、机构为支撑的社会养老服务体系。该规划进一步要求,要着力建设老年家庭,其中一项举措就是提高老年人居住条件。http://www.gov.cn/zwggk/2011-09/23/content_1954782.htm, 访问时间:2012年6月27日。

⑧参见《法国民法典》第215、220、633条,《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社2010年版。

⑨参见《瑞士民法典》第162、169、350、354、357、358、776、777条,《瑞士民法典》,殷生根、王燕译,中国政法大学出版社1999年版。

⑩参见《意大利民法典》第184、167、169、1022条,《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版。

?参见《英国家庭法》第30、31、54条,《英国婚姻家庭制定法选集》,蒋月等译,法律出版社2008年版。

?参见现行《婚姻法》第17条;2001年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第17条。

?参见重庆市《房屋权属转移登记(买卖)》第3条,载重庆市国土资源与房屋管理局公众信息网,http://www.cqgtfw.gov.cn/zwgkml/xzxkjsp/xzxkjspfwgl/fwfxzxkl/200912/t20091217_52756.html;成都市《私房(含政策性住房)买卖过户登记》之“提交要件”部分,载成都市房屋管理局,<http://www.cdfgj.gov.cn/BSZN/ShowInfo.aspx?WorkGuideID=f01cc34e-7d28-4fae-89ed-47b747>, 访问时间:2012年8月1日。

[1]陈苇. 婚姻家庭住房权的优先保护[J]. 法学, 2010, (12): 20-23.

[2]杜万华,程新文,吴晓芳. 关于适用婚姻法若干问题的解释(三)的理解与适用[J]. 人民司法, 2011, (17): 22-29.

[3]杨立新. 关于适用婚姻法若干问题的解释(三)的民法基础[J]. 法律适用, 2011, (10): 40-43.

[4]陈信勇,蓝邓骏. 居住权的源流及其立法的理性思考[J]. 法律科学, 2003, (3): 73-74.

[5]房绍坤. 居住权立法不具有可行性[J]. 中州学刊, 2005, (4): 72-74.

[6]马克思恩格斯选集(第3卷)[M]. 人民出版社, 1995.

[7]苏勇. 当代西方管理学流派[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2007.

[8]谷春德. 人权民主法治论丛[M]. 北京: 中国法制出版社, 2004.

[9]新中国60年: 城乡居民生活从贫困向全面小康迈进[EB/OL]. [2012-06-27]. 中国政府网, <http://www.gov.cn/gzdt/>

2009-09/10/content_1413985_4.htm.

[10]陈苇,冉启玉. 构建和谐的婚姻家庭关系——中国婚姻家庭法六十年[J]. 河北法学, 2009, (8): 43-49.

[11]卓泽渊. 法理学(第4版)[M]. 北京: 法律出版社, 2004.

[12]文正邦. 法哲学研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.

[13]卓泽渊. 法的价值论[M]. 北京: 法律出版社, 2006.

李宏: 继承制度的效率价值探析

2013年11月14日 中国民商法律网 李宏

关键词: 继承制度; 法定继承; 遗嘱继承; 资源配置; 效率

内容提要: 继承制度作为一种主要以亲属关系为标准的资源配置机制是否符合效益最大化原则, 这一直是令许多政治家及法学家倍感疑惑的问题。就继承制度的内在逻辑而言, 法定继承是以亲属关系为标准的分配财富方式, 但是, 会导致遗产流向不能有效利用财富的人而处于无效率状态。而遗嘱继承却是以被继承人意志为转移的资源配置方式, 有其生存和发展的效率基础, 用之得当, 则被继承人、家庭与社会将各得其利, 遗产效率得以最大发挥。我国现行继承制度也应在注重效率价值的基础上进行改革和完善。

目前国内学界关于继承法的著作、教材主要是从规范的角度探讨各种各样的继承规则和制度, 而很少追问继承制度背后隐含的效率价值问题。而从人类思想史对此的讨论来看, 继承制度的效率问题并不是一个已经解决的问题, 而是一个悬而未决的问题。尤其在当代社会, 财产资源的稀缺性迫使人们对于资源的有效利用与合理配置予以特别的关注, 法律在其中所起的作用就是: “法本身的规范、程序和制度极大的注重于促进经济效益。”[1]继

承制度作为一种主要以亲属关系为标准的分配财富的方式，是否符合资源配置效益最大化原则，应当引起学界的关注。因此，反思和追问继承制度的效率价值问题，不仅有助于我们认识继承制度背后的设计理念和价值合理性，而且也有助于我们以效率的视角重新审视和修改完善我国现行的继承法律制度。

一、继承制度效率价值之论辩

众所周知，市场是迄今为止最有效率的资源配置机制。而继承制度作为一种非等价交换的反市场的资源配置机制，是否符合效益最大化原则，人们对此存有不同的看法。早期空想社会主义者认为，由于继承人与被继承人之间具有某种身份关系而被分配了财富，这种分配方式对继承人来说是一种不劳而获的财产获得方式，极易产生社会分配不公，因此，他们主张“废除继承权是社会革命的开始。”十九世纪德国社会主义者威廉·魏特林就指出：“通过遗产继承，数千年来富人把他们的财富世世代代遗传给他们的子孙，就象穷人把他们的贫穷世世代代遗传给他们的子孙一样。难道一个人就永远不可能转变了吗？”“如果说过去私有财产的后果是造成了主人和奴隶，那么今天它更在制造出大批游手好闲的人，并使灾难变得更加沉重”。[2]在他看来，财产继承就是一种不合理而应当取缔的制度。马克思也曾在《总委员会关于继承权的报告》中指出：“继承权之所以具有社会意义，只是由于它给继承人以死者生前所有的权利，即借助自己的财产以攫取他人劳动成果的权利。”在私有制基础上产生的继承权，“它只涉及到具有这种权利的人的更换问题。”[3]人类历史上也出现过明确取消财产继承制度的实践，苏联政权建立之初颁布的《关于继承法的第一号命令》明确宣布废除继承权，之后又被迫予以重新恢复。我国也有学者认为，继承制度是一种以非等价交换为特征的反市场的资源配置机制，通过继承制度，财富常常会流向不能有效利用财富的人，从经济效益的角度来说，财产继承是一种不可取的资源配置机制。[4]

与之相对，历史上持继承制度能够促使人们勤俭节约，增进财产观点者亦不乏其人，英国哲学家休谟就认为，继承权是一种很自然的权利，这是由于一般所假设的父母或近亲的同意，并由于人类的公益，这种同意和公益都要求人们的财物分给他们最亲的人，借以使他们更加勤奋和节俭。[5]意大利法哲学家密拉格利亚也指出：“继承是增殖资本、增加生产及财富的必不可少的条件，因为一个人如果不能确信他能以财产遗给他的家庭，能处分他的财产，他就失去了努力工作任劳任怨的推动力了，这是显而易见的事。”[6]马克思在对建立在私有制基础上的资本主义继承制度进行批判的同时也提醒人们，赡养老人、抚育子女、扶助无劳动能力的其他家庭成员是家庭应担负的社会责任。他说：“人们为自己的子女储蓄，他们的主要目的就是要保证子女有生活资料。如果子女的生活在双亲死后能够得到保障，那双亲就不会再操心给子女留下生活所需的资料了；然而现在还没有那种条件，废除继承权只会引起困难，只会惊动和吓坏人们，而不会带来任何好处。”[7]因此，当社会条件还不具备废除继承权的时候，不允许继承的存在，也难以限制人们生前将自己的财产挥霍浪费掉。只有到了共产主义社会，社会生产高度发展了，物质资料极大丰富了，劳动力再生产的经济负担，不再由家庭而是由社会承担，个人私有财产消灭了，作为财产继承的法律制度，也就没有存在的意义了。

上述两种观点，无疑极富启发意义，一方面，继承制度确实会在一定程度上损害经济效率和不利于财富增长，实为无效率的制度；另一方面，社会实践又证明继承制度是一种无法进行市场化的财产配置方式，具有不可替代的效率价值。这种效率价值上的悖论，笔者认为，只能从继承制度内在逻辑结构上找寻答案。对于法定继承而言，法定继承权主体仅限于被继承人的近亲属，严格的财产分割规则要求对每项遗产作等分，不具有可选择性，这样就会产生遗产流向不能有效利用财富的继承人，违背了经济效率要求把死者的财产传给最能有效利用财产的人的原则。同时，这种“细胞分裂式”的遗产分割，会使家庭无法积累财产，不利于财富的不断增长和丰富，必然处于无效率状态。但对于遗嘱继承而言，它作为以被继承人自由意志为转移的资源配置机制，具有法定继承所不可取代的调整功能，特别适应于近代资本主义对自由意志的追求，成为资本主义国家，尤其是英美法系国家的主要继承方式，有其独特的效率价值。

二、遗嘱继承效率价值之表征

（一）遗嘱继承有利于财产的有效利用与合理配置

密拉格利亚指出：“遗嘱继承的直接基础，是建立在财产所有权之上。所有人除履行其义务外，得自由处分其财产。”[8]从效率的角度看，遗嘱继承是一种以死者意志为转移的资源配置机制。在遗嘱继承中，亲属关系对于被继承人的自由意志的影响有决定性的作用。由于被继承人对继承人的状况有较清楚的了解，他（她）可以有选择性地把这些遗产按照效率最大化的原则传给能够有效利用财富、实现财富增值的人，这不仅有利于扩大继承人遗产的价值，为继承人提供更为充足的物质保证，保障遗产债权人利益的实现，而且也有利于减少继承人之间因权属和份额问题而引发纠纷的可能性。英国经济学家约翰·穆勒早就指出：“在资本是由所有者本人用于经营某种企业的情况下，他完全有权将其独资企业的全部资金都遗赠给某个人。他应该能够把企业交给他认为最适合管理企业的继承人手中，以使企业得到有效的管理。在这种情况下，企业主去世后留下的工业或商业上的设备就不致损坏。”[9]也就是说，立遗嘱人为了避免资本分散，使企业得以继续经营和发展，可以通过遗嘱形式把他的资产指定由法定继承人中他认为最有才能和可靠的继承人继承，或者由法定继承人以外的他认为能继承他的事业的人继承。通常没有谁比被继承人本人更加清楚其财产的真实状况，也很少有人可能像被继承人那样珍惜它们。尤其对于那些花费了被继承人若干心血的某个企业或其他特殊财产而言，被继承人在信息方面的优势是他人所无法比拟的。当被继承人对这些遗产作出处理时，通常会给他认为最适合得到它的人。就像学者所说的，“将死之人，就其近亲

之性格以及其将来成就，知之甚密，最能为适当之布置。[10]从整个社会来说，这种处置因其避免了数量巨大的信息成本和以后的交易成本而富有效率，使遗产资源得以更便捷的方式得到有效配置，适应了社会自由竞争的需要，

（二）遗嘱继承有利于建立财产的激励与创新机制

遗嘱继承建立在体现遗嘱人自由意志的所有权基础之上。“自由意志被认为是真正的原创性的一个必要条件。”[11]是“自主性”的一个根本依据，体现了人作为自由、有理性的存在的本质。而所有权制度的深层社会功能在于它的激励作用，即以现实主义的物质利益驱动的方法来激发人们从事物质生产劳动的积极性。亚里士多德就认为，均一化的共产主义会销蚀勤奋精神，使得共同体财产的管理没有效率，并湮灭个人自由的动力和能力。[12]所有权具有的排他性和永续性特征，有利于激励人们不断地去创造财富，促进和提高整个社会的效率。遗嘱继承保障了所有权的排他性和永续性的落实，在很大程度上，遗嘱继承意味着死者生前财产权的一种延伸。如果一个国家否定了遗产继承制度，或否定了遗嘱自由，其后果将会导致民众的物质生产劳动积极性和主动性受到伤害，最终将会导致社会发展的速度延缓甚至停滞。因此，在继承法中坚持遗产的效率价值不只是涉及一家一户的小事，而是涉及国家经济发展的大事，它有利于激发社会创造力，促进社会繁荣，促进社会财富的创造和效率提高。历史亦表明，以遗嘱自由为核心价值的遗嘱继承促进了资本主义财富的增长和经济的发展。例如，英国早在 1540 年就颁布了遗嘱法规，规定父亲可以在生前出卖和赠送自己的土地，死后财产除 1/3 保留给遗孀之外，其余部分可以按遗嘱任意处理。遗嘱法规还确认了土地自由转让的合法性，为资本主义的土地积累创造了条件，促进了英国人口的迁移和流动，活跃了社会经济并为社会发展提供了劳动力，加速了英国由农本到重商的转变。

（三）遗嘱继承有利于降低财产交易成本与增加收益

被继承人将自己的财产通过遗嘱的方式移交给适合的继承人或继承人以外的人，可以有效地降低交易成本、增大财产的效用，减少财产交接过程中的矛盾和震荡。一方面，从继承人与其他家庭成员关系看，尽管存在着种种矛盾和紧张关系，但家庭成员之间仍有着较明显的利他主义倾向，团结、和谐和忍让特征明显，家族成员之间的忠诚信任关系可以节约交易成本，家族伦理的约束简化了财产的监督机制。这种情况无疑有利于减低“交易费用”，增加适应环境的弹性。在具有魄力和魅力的继承人的统领下，家庭成员会对家族财产产生一种强烈的认同感和忠诚感，可以为推动家族企业发展壮大，彼此齐心协力，甚至不惜暂时牺牲个人利益。因此，选任适合的家庭成员继承遗产可使财产效用发挥到最大极致，使家族企业成为有效率的经济组织。另一方面，在现代社会，随着企业规模的扩张或可能出现的家族成员管理能力不高的情况，社会文化逐渐偏重继承人的实际能力甚于血缘关系，被继承人会在亲子无能的情况下选择继承人以外的人管理企业，使家族企业在名义上得以长期延续。综观家族企业发展史，从反面也证实了忽视遗嘱继承，往往导致选任接班人不力，使家族企业由盛转衰。香港最古老的华人商行一元发行就败于此。1909 年，元发行第二代掌舵人高舜琴逝世后，由于缺乏强有力的掌舵人，家族成员开始肆意挥霍商行公款，导致负债累累，由盛转衰。及至 1933 年，经营逾 80 年的老牌商号冰消瓦解。这种事例在国内外俯拾皆是，这也是家族企业的血缘继承模式的天然缺陷。

当然，我们除看到遗嘱继承可以促进财富增长与资源合理配置的积极效益外，还应注意遗嘱继承对财富的增长也存在着一定程度的消极效用，如有的被继承人通过遗嘱，长期禁止遗产分割，这可能是出于对企业财产利用的考虑，一旦分割，可能使企业不能持续下去；有的考虑暂不分割可能有利于团结和互相往来；有的是考虑继承人中有年幼者，立即分割对年幼者不利等等。不管遗嘱人出于何种原因或动机，只要这种遗嘱所表达的意志是真实的，继承人都应当尊重，不得随时请求分割遗产。但如果被继承人在遗嘱中禁止分割遗产的时间过长，使遗产永远或长期处于共同共有状态，此遗嘱既有悖于继承法的一般原理，又有碍于遗产的使用和生产的发展。因此，一些国家对遗嘱禁止遗产分割的期限作了限制性的规定。例如《德国民法》（第 2044 条 2 项）为三十年；《日本民法》（第 908 条）为五年。[13]我国中华民国 1930 年公布的《民法典》（第 1165 条 2 项）对此也规定，被继承人以遗嘱禁止遗产的分割，其禁止的效力，在期限上不得超过二十年。根据我国台湾地区 1985 年 6 月 3 日修正公布的《民法（继承篇）》，将《民法》第 1165 条 2 项修正为“遗嘱禁止遗产之分割者，其禁止之效力以十年为限。”[14]可见，继承法在遗嘱自由之原则与经济发展之公益目的两相权衡之下，遗嘱自由受到了某种程度之限制。

三、效率视角下我国现行《继承法》之完善

经济发展的历史告诉我们一个经验法则：自主决定是调节经济过程的一种高效手段。特别是在一种竞争性经济制度中，自主决定能够将劳动和资本配置到能产生最大效益的地方去。其他的调节手段，如国家的调控措施，往往要复杂的多、缓慢的多、昂贵的多。因此总体上产生的效益也要低的多。[15]遗嘱继承作为一种以被继承人意志为转移的资源配置机制，赋予被继承人根据遗嘱自由原则使自己的意志外化，通过遗嘱形式把他的资产指定由法定继承人中他认为最有才能和可靠的继承人继承，或者由法定继承人以外的他认为能继承他的事业的人继承，充分发挥和利用了人力资源，并使财产配置合理化，遗产效率得到最大发挥。以经济效率的角度审视我国现有的继承法律制度，无论法定继承还是遗嘱继承，立法的目的仅在于财产所有权的移转，而不在于财产的有效利用。仅在《继承法》第 29 条考虑到分割遗产时的效率要求，该条规定：遗产分割应当有利于生产和生活需要，不损害遗产的效用。不宜分割的遗产，可以采取折价、适当补偿或者共有等方法处理。从世界各国财产继承的立法趋势

及我国当代民众多元化的遗产规划需求来看, 诞生于上世纪 80 年代的我国现行《继承法》逐渐显现出某些缺陷和滞后性, 应当及时予以修改与完善。

(一) 立法的宗旨应反映经济效率的要求

现代社会的继承是纯粹的财产继承, 从财产的角度看, “没有一个社会达到一个无限供给的乌托邦。物品是有限的, 而需求则似乎是无限的。”[16]资源稀缺规律在困惑人类的同时也昭示人类: 必须理性地对待财产, 只有合理利用和分配资源, 使资源的配置达到最佳状态时, 才能取得最大的经济效果和物质利益。继承制度是建立在亲属关系上的财产法, 必须符合法律“以有利于提高效率的方式分配资源, 并以权利和义务的规定保障资源的优化配置和使用”[17]的目的。对个人或社会来说, 拥有财产仅仅是财产最基本的意义, 而如何使财产满足各方面利益的需要, 通过分配、利用实现财产的效益, 使财产获得增长更具有根本性。继承也是一种将遗产在继承人之间进行分配的过程, 这一分配过程, 不仅涉及遗产本身的性质, 而且涉及到分配的意义, 最终涉及到遗产分割的终极目的: 将遗产资源配置给那些能够有效益地利用资源获得最大产出的人。

(二) 制定我国的遗嘱信托制度

遗嘱信托制度, 是国外继承法律制度中一项很重要的制度, 这个制度体现了经济效益的要求。它指的是立遗嘱人将自己的财产权转移至受托人名下, 由受托人按立遗嘱人的意愿以自己的名义, 为受益人的利益或特定目的管理或处分的行为。[18]也就是说, 被继承人可以通过订立遗嘱, 把遗产托付给专门的人或公司经营, 继承人享受投资或经营的收益。西方国家的实践证明, 遗嘱信托制度特别适合于被继承人死亡时, 继承人或是因为年幼、年老、残疾无力经营, 或是因为缺乏事务管理经验以及中小企业主的事业继承等情况。自我国《继承法》颁布以来, 到目前已实施了 20 多年。这 20 多年是我国经济发展最为迅猛、生活变化最为巨大的时期。随着人们财产观念的更新, 民众的继承意愿和继承习惯也发生了变化, 多元化遗产规划需求增多。尤其在人口老龄化、空巢家庭增多、家庭可资利用的成员关系逐步缩小的情况下, 如果继承人中没有适合的能够有效利用财产的人, 被继承人就可以通过遗嘱信托制度, 使财富顺利地传给后代, 同时通过专业人才的管理弥补继承人管理能力的不足, 使遗产发挥整体效率优势, 家族永保富有和荣耀。因此, 遗嘱信托制度既考虑了继承人的需要, 又考虑了遗产有效利用的需要, 可以相信, 它在我国未来必然有广阔的适用前景。

注释:

- [1][美]理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》, 蒋兆康译, 中国大百科全书出版社 1997 年版, 第 28 页。
- [2][德]威廉·魏特林:《和谐与自由的保证》, 孙则明译, 商务印书馆 1960 年版, 第 82、80 页。
- [3]《马克思恩格斯全集》第 16 卷, 人民出版社 1964 年版, 第 414 页。
- [4]参见黄文艺:《继承制度正当性的法哲学论辩》, 载樊崇义主编:《部门法学哲理化研究》(上编), 中国人民公安大学出版社 2007 年版, 第 91 页。
- [5][英]休谟:《人性论》(下册), 关文运译, 商务印书馆 1980 年版, 第 551-553 页。
- [6][意]密拉格利亚:《比较法律哲学》, 朱敏章等译, 中国政法大学出版社 2005 年版, 第 552 页。
- [7]《马克思恩格斯全集》第 16 卷, 人民出版社 1964 年版, 第 652 页。
- [8][意]密拉格利亚:《比较法律哲学》, 朱敏章等译, 中国政法大学出版 2005 年版, 第 552 页。
- [9][英]约翰·穆勒:《政治经济学原理及其在社会哲学上的若干应用》(上卷), 赵荣潜等译, 商务印书馆 1991 年版, 第 254 页, 注 1。
- [10]戴炎辉、戴东雄:《中国继承法》, 三民书局中华民国四十六年九月初版、中华民国九十年七月十六版, 第 245-246 页。
- [11]徐向东编:《自由意志与道德责任》, 江苏人民出版社 2006 年版, 第 13 页。
- [12]参见[爱尔兰]凯利:《西方法律思想简史》, 王笑红译, 法律出版社 2002 年版, 第 36 页。
- [13]陈棋炎、黄宗乐、郭振恭:《民法继承新论》(修订三版), 三民书局 2006 年版, 第 137 页。
- [14]刘春茂:《中国民法学·财产继承》, 中国人民公安大学出版社 1990 年版, 第 586 页。
- [15][德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》, 邵建东译, 法律出版社 2000 年版, 第 143 页。
- [16][美]萨缪尔森、诺德豪斯:《经济学》(上册), 高鸿业等译, 商务印书馆 1981 年版, 第 14 页。
- [17]张文显:《当代西方法哲学》, 吉林大学出版社 1987 年版, 第 242 页。
- [18]秦志远:《遗产分割: 制度与价值》, 载《理论探索》2007 年第 6 期, 第 152 页。
- [19]《中华人民共和国信托法》第 2 条。

刘召成: 胎儿的准人格构成

2013 年 11 月 19 日 中国民商法律网 刘召成

关键词: 胎儿, 准人格, 部分权利能力, 人格要素, 保护人

内容提要: 随着现代社会关于人格价值观念的变化, 对于胎儿的人格价值和尊严的承认成为社会的主流价值。因应此种诉求, 民法采用多种方法对胎儿予以保护。但是局限于传统的以出生后的人为原型构建起来的民法体系, 对于胎儿的保护在许多方面并不能与传统的民法制度相协调, 产生了体系上的不兼容。由于胎儿已经具有了生命、

身体、健康这些人格要素，成为一种不完满的人格存在，属于准人格。以此准人格状态为基础，胎儿在某些法律关系中具有了部分权利能力，而且具有了作为人格权客体的人格要素。通过对于胎儿的部分权利能力及人格要素的承认，胎儿的各项法律保护都可获得教义学基础，以实现与民法体系的兼容。虽然胎儿具有了部分权利能力，但是其欠缺理性的认识能力，并不具有行为能力，需要为其设定保护人，由保护人作为其法定代理人代其从事各项法律行为。

传统民法以出生后的人作为自然人的原型，并未对胎儿投入多少关注。本文所指的胎儿是，处于人类的精子与卵子结合第 14 天起到出生这一阶段的人。[1]这种关注的缺乏不但表现为其法律主体能力的欠缺，还表现在关于人格权保护客体的人格利益的规定方面。

在法律主体能力上，各国大都不承认胎儿具有这一能力。我国《民法通则》第 9 条对于权利能力开始和终止的时间进行了规定：公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。因而，学界主流观点认为，胎儿并不具有一般权利能力。[2]《德国民法典》第 1 条规定，权利能力始于出生的完成。其《民法典立法理由书》更进一步规定，只有在出生时活着的人才能具有权利能力。[3]美国法中并不存在与权利能力相对应的概念，与这一概念最相近的是法律人格（legal personality），它被界定为：法律上的人被认为是特定权利和义务的主体。[4]具有法律人格的能力以活着出生为前提，[5]因而在美国法中胎儿也不具有一般的主体能力。法国法中并不存在关于权利能力开始时间的规定，据学者考证，法国法中具备法律主体资格的条件是，活着出生并具有生存能力。[6]

这种不承认胎儿法律主体能力的作法与关于胎儿的传统认识紧密相关。斯多葛哲学认为，胎儿是母亲的一部分，就像果实是树木的一部分一样，所以不承认胎儿具有独立的价值。由于罗马法学家坚信斯多葛哲学，因此在罗马法中胎儿被作为母体器官的一部分，并不被作为人和具有人格来看待。[7]由于罗马法是现代私法的法源，大多数国家的立法者继承了罗马法的这一态度，并不将胎儿作为人看待。除此之外，在医学中，长久以来胎儿也被作为母体的一部分看待。最早从 19 世纪中期开始，认为胎儿具有独立的存在，并从受孕之时起就具有生命，只是最初在空间上与母亲联系在一起并在发展到一定阶段之前依赖于母体的观点，才逐渐获得承认。[8]

在这样的背景下，胎儿的人格利益也同样没有得到承认。其原因在于：一方面，传统认识将胎儿视作母体的部分，并不具有独立的人格存在，自然也不具有人格要素或人格利益。另一方面，由于法律主体能力是人格利益承认的前提，只有具备法律主体的能力，与其有关的资源和利益才能成为私法上的权利并得到法律的保护。胎儿不具有权利能力，那么其具有的人类初始阶段的生命、身体等只能作为自然法意义上的利益，而不能成为法律上的人格利益。

但是，随着科技和医学的发展，人们对于人的生命和价值的认识发生了深刻的变化，关于人的认识被提前到精子和卵子结合之时。从此时起，人就具有了发展成为全面的人的潜在能力，具有了人的初期形态。正是这种关于人的存在和价值的认识变化，促使了当代法学对于胎儿的关注与保护。当今各国民法大都在某些法律关系中保护胎儿的利益。然而与此有关的教义学和体系化工作尚存有疑难，是必须面对和解决的。本文尝试对此提出一种体系化的解决方法，以求对于未来《民法总则》和《人格权法》的立法有所助益。

一、胎儿在现代民法中的地位逐渐凸显

（一）我国民法对于胎儿利益的多方面保护

我国立法关于胎儿特殊保护的相关规定表现在继承法中。《继承法》第 28 条规定，遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。因此在遗产继承中，胎儿的继承份额是被预先保留的，在孩子活着出生时获得该遗产。对于这一规定，大多数学者认为，该规定既不同于总括保护主义也不同于个别保护主义，它严格贯彻出生为权利能力始期的规定，不承认胎儿的权利能力，只是考虑到胎儿即将成为婴儿的利益，而给予特殊的保护。[9]但是值得注意的是，这种规定和认识完全回避了胎儿的权利能力问题，在法律体系上存在一定的瑕疵。因为对于胎儿继承份额的保留事实上赋予了胎儿一种期待权，在其活着出生时该期待权转变为现实的权利。胎儿期待权的拥有也必须以具有权利能力为前提，因此继承法的上述规定在一定程度上也承认了胎儿的权利能力。

随着人格权法和生物技术的发展，胎儿人格利益的保护逐渐成为一种重要的社会诉求。我国学界逐渐重视对于胎儿人格利益的保护，承认了胎儿对于其受到的损害在出生后具有损害赔偿请求权。但是对于这种保护的解释存在不同的学说。有学者认为，胎儿具有准人格，并因此具有附延缓条件的权利能力。[10]有学者认为，胎儿并不具有权利能力，因而并不享有人格权，但是具有人格利益，对于出生前的损害，如果胎儿活着出生的，可以自己的名义提起损害赔偿，如果是死胎的，应当由母亲以侵害身体权或健康权为由提起诉讼。[11]

可见，在我国，对于胎儿的财产权和人格权进行个别保护已经得到学界与司法实践的承认，但是学理上对于这种保护仍然欠缺体系上具有说服力的解释。认为胎儿具有附延缓条件的权利能力的观点没有对此进行充分的论证，而不承认胎儿的法律地位却又认为应当对于胎儿进行特殊保护的观点，则存在逻辑与体系上的矛盾。因为由法律所提供的保护必须以该利益是法律上的利益为前提，而不承认胎儿的法律地位，其利益是无法上升为法律上利益的。

（二）德国立法和司法对于胎儿的保护

《德国民法典》没有关于胎儿权利能力的一般规定，按照其第1条关于权利能力始于出生的规定，胎儿是没有权利能力的。但是立法者认识到在特别情况下胎儿具有获得权利的必要性，因而在个别条文中赋予已经受孕但是尚未出生的胎儿以权利，这些权利以其随后活着出生为前提。[12]主要是继承期待权、第三人合同的主体能力、法定抚养人受害死亡时的抚养费请求权等财产权。

在司法实践中，德国联邦法院（BGH）关于胎儿保护的态度体现在关于出生前侵害案件的判决中。德国联邦法院最早在1952年开始承认胎儿的损害赔偿请求权。在该案中，一位已婚女士因病住院接受治疗，由于医院的过错输血感染了梅毒，随后她怀孕并生下一个出生时即感染了梅毒的孩子。这个孩子依据《德国民法典》第823条第1款向医院提出损害赔偿之诉。德国联邦法院回避了胎儿法律地位的判断，从出生后孩子损害的角度进行论证，认为“本案争议的焦点并不是胎儿或者尚未受孕的人的损害，而是带有梅毒出生的孩子的损害”，[13]从而对于孩子的请求权予以支持。

可见，德国法上，胎儿的权利能力无论是立法还是司法实践都没有直接的规定，立法对于胎儿的财产能力作了个别规定，使得胎儿在继承、第三人合同以及抚养人死亡这三种情形具有获得财产的能力。但是对于这种能力的法律性质并没有规定，而是采用了拟制出生的办法。在关于胎儿遭受侵害的判决中，德国联邦法院对于胎儿的权利能力也持回避态度，通过将损害认定为出生后孩子的损害，具有损害赔偿请求权的是出生后的孩子的方法，回避了关于胎儿的权利能力的判断。但是这种回避造成了侵权法内部的矛盾，受到学者的广泛批评。[14]

（三）美国法对于胎儿的保护

对于活着出生的孩子在出生前遭受侵害的赔偿请求权，美国在1946年的 *Bonbrest v. Kotz* 案中首次对其予以承认。哥伦比亚地方法院认为，法律必须与科学的发展保持一致，医学自1884年以来发生了很大的进步，已经认识到胎儿具有独立于其母亲的身体上的存在。[15]受到伤害的具有存活能力的胎儿是一个具有生命力的胎儿，也是一个能够在法庭上提起侵害之诉的人，不能够仅以其为母体的一部分而否定其赔偿之诉。[16]本案首次肯定了普通法上的出生前侵害的损害赔偿请求权。

在随后的判例中，法院逐渐放弃了具有生命能力的标准。在1960年的 *Smith v. Brennan* 案中，法院认为，在不法行为发生时，胎儿是否已经具有生命能力并无区别。无论在受到伤害时是否具有生命力，胎儿在出生后都具有相同的损害，因此应当给予相同的救济机会。[17]也就是说，需要考虑的是随后活着出生的胎儿的请求权，这种请求权与胎儿在受到侵害时的发育状态没有关系。只要胎儿随后活着出生，其针对出生前侵害的损害赔偿请求权都能够被支持，当然需要满足侵权法上的因果关系等要件。这一精神被美国《侵权法第二次重述》所确定，并为美国大多数法院所接受。该《重述》第869条（1）的评注认为：第（1）款所确立的规则不局限于受到侵害时已经具有生命能力的未出生的胎儿，也就是能够独立存在的生命。如果侵害行为以及损害的因果关系能够被合理的建立，对于发生在怀孕后任何阶段的侵害都可以予以救济。[18]

（四）瑞士以及我国台湾地区关于胎儿的保护

《瑞士民法典》第31条第2款规定：“胎儿在活着出生的保留条件下具有权利能力。”通过这样的规定概括地赋予了胎儿一种权利能力。只要未来活着出生，胎儿就具有与出生的人相同的法律主体地位，能够作为人格权和财产权的主体获得法律的保护。该法典第544条第1款对于胎儿权利能力在继承领域的体现——继承能力作了规定：胎儿从受孕时起在活着出生的保留条件下具有继承能力。瑞士民法的这种立法模式并没有将胎儿的权利能力限定于一定范围，是一种概括的保护。

我国台湾地区《民法典》借鉴了这一规定，在其第7条规定：“胎儿以将来非死者为限，关于其个人利益之保护，视为既已出生。”这一规定对于胎儿也提供了法律保护，但将其限定于对于胎儿有利益的范围。按照这一规定，一般认为，胎儿只能享有权利，不能承受义务。对于这种规定的法律性质及其是否承认了胎儿的权利能力，法律并不明确。学者一般认为这一规定赋予了胎儿权利能力，而且胎儿的这种权利能力为附条件解除的权利能力，如果死产的则使胎儿溯及地丧失权利能力。[19]

二、胎儿法律保护纳入民法体系的必要性

可见，我国和比较法上的立法和司法实践对于胎儿的保护已经成为普遍做法，但是对于这种保护的教义学解释尚显不足，我国和德国法上的解决方法都存在一定的体系障碍。这种障碍表现为：一方面对于胎儿的财产权和人格权进行保护，另一方面却不承认胎儿的权利能力和人格利益。民法是一个内在融洽的价值和制度体系，若要正当化对于胎儿的保护，必须采用能够与民法体系相融合的解决方法，否则就无法证明这种保护的正当性，或者至少显得具有随意性。因此，将胎儿纳入民法的体系是正当化胎儿保护的途径。体系纳入的关键在于胎儿的法律地位与其人格要素的判断，解决这两个问题是胎儿纳入民法体系的必要通道。我国正值《民法总则》和《人格权法》立法的关键时期，胎儿保护也是立法必须面对和解决的问题之一。寻求胎儿保护的体系化解决方法，构建逻辑和价值融洽的法律体系，也是《民法总则》和《人格权法》立法的必然要求。

（一）确定胎儿法律主体地位的必要性

局限于传统理论关于人的认识，以及以此为基础建立的法律体系，使得我国和比较法上关于胎儿的保护总显得与民法的既有制度格格不入。关于胎儿保护的特别做法若不能通过理论上的解释与民法的其他制度相衔接，进而融入民法体系，那么对于胎儿保护的制度构建就不能算大功告成。而要实现胎儿法律保护的体系化，首先需要

解决的是胎儿的法律主体地位问题。由于民法的体系是按照法律关系建构起来的，胎儿要在法律关系中获得一席之地，必须在由法律主体、客体以及内容构成的体系中获得地位，尤其是法律主体地位。

美国作为判例法国家，没有严格的成文法体系，因而在胎儿的问题上可以采用一些特殊的规则予以处理，关于胎儿法律主体地位的判断并不迫切。而德国法由于受概念法学影响，民法典的概念和体系比较精致和严密，权利能力制度与民法的各项制度，尤其是与侵权法和人格权法具有紧密的体系联系。我国由于继受了德国法这种民法概念和体系，尤其是权利能力制度，因而立法关于胎儿保护的特别规定，以及司法实践发展出的关于胎儿出生前侵害的保护应当与民法典中的其他制度，尤其是关于人的一般权利能力制度相协调，形成民法典内部的体系和价值的连贯。也正是基于这种对于法典体系和价值融洽的追求，胎儿的法律地位主体问题，以及在此基础上的胎儿的人格利益问题，成为我国民法的重要研究课题，是未来《民法总则》立法和《人格权法》立法不可避免的问题。

（二）承认胎儿具有人格要素与人格权的必要性

毋庸置疑的是，我国和比较法上大多数国家已经承认胎儿具有了生命、身体和健康这些自然法意义上的人的存在形态，在司法实践中对于它们提供保护。但是这与在法律意义上承认胎儿的人格利益或人格要素，还存在一定的距离。法律与哲学等社会科学的紧密联系一直存在，法律的内在体系就是主流的哲学等社会科学价值的体现。因而哲学等社会科学关于人的价值判断通过法律的内在体系直接影响作为法律外在体系的各项法律制度。由于传统哲学和医学不承认胎儿的人格地位，传统民法局限于这种认识，并不认为胎儿具有作为人格权客体的人格要素和人格利益。但是现代社会对于胎儿的人格和价值予以承认，而且这种诉求已经成为法律的一种内在价值。因而，对于这种价值通过法律的具体制度去予以实现也成为一种要求。其胎儿的自然法意义上的生命、身体和健康这些人格价值要获得法律的承认与保护，就必须通过承认其人格要素或人格利益的地位，使得这种保护具有合理的基础。

（三）《民法总则》和《人格权法》立法的必然要求

我国《民法典》的立法进程进入了最后阶段，立法机关和学界正在推动《民法典》最后两部分《民法总则》和《人格权法》的立法进程。《民法典》作为 21 世纪的民法典，毋庸置疑要利用后发优势解决司法实践及理论界面临的新问题，胎儿的法律地位和人格保护是《民法总则》和《人格权法》所不可避免。《民法总则》和《人格权法》立法应当通过一定的逻辑体系构建胎儿的主体地位和人格权保护制度，将胎儿纳入民法体系，为其人格保护提供一种教义学的体系解决方案。这种体系化的方案是保证和检验我国《民法总则》和《人格权法》立法科学性的内在要求。而由于胎儿已经具备了部分人格要素，是一种准人格存在，具备了承认其法律地位和人格利益的正当基础。

三、胎儿具备部分人格要素，是一种准人格存在

（一）胎儿具有生命、身体、健康等部分人格要素

早在一百年以前，现代医学的研究成果就推翻了胎儿作为母亲身体一部分的观点。^[20]胎儿并不能当作母亲器官的一部分，它更多地是一种人的生命的存在。事实上，生命的发展是一个持续的过程，胚胎的主体性形成于人类的卵子和精子的结合，在卵子和精子结合后很短时间内，父母双方 DNA 的单倍染色体就开始进行融合，构成完整的双倍染色体。这时孩子的所有特性就被确定下来了，性别、眼睛、皮肤和头发的颜色、潜在的身高等属性都不可改变地确定了。^[21]但是在受精卵尚未着床的早期，每一个细胞都有分裂并自主发展的能力，因此可能会产生双胞胎或多胞胎。这种分裂能力一直到胚胎在子宫内壁着床后才丧失，这个时间大概在受精后 14 天左右。也就是说在受精后还存在 14 天的时间，受精卵是发育成一个人还是两个或多个人，尚未确定。^[22]因此，在德国，人的状态是从受精卵着床时才被承认的。^[23]但是有学者指出，仅仅因为个体具有潜在地发展为多人的能力就否定其作为人的存在是不具有说服力的，这只是对于个体的微不足道而非本质的改变。^[24]虽然直到受精卵着床时发展为一人或多人才最终被确定，但是从受精之时起，人的自我发展的基因过程就被确定，所有决定人的未来个性的信息和遗传特质相互结合在一起，获得了发展成熟为人的潜能。受精卵从受精时起作为新形成的价值（人）而具有人的特性，^[25]正是这种主体特性造就了胎儿人格特性和法律主体性。^[26]我认为，这种观点具有合理的成分，从受精时起，新的人类价值就开始形成，人开始了其发育的过程。但是，由于人在此时还并未最终确定，人的发育还存在着多种可能，有可能发育为两人或多人，只有在受精后第 14 天受精卵着床之后，人的一切属性才最终确定下来。因此，胎儿的阶段还是应当从受精后第 14 天开始。但这并不说明从受精时起到受精第 14 天这一段时间的胚胎不受法律保护，应当由专门的胚胎保护法解决这个问题。

如果说在胚胎产生之时，人格特性还只是潜在地具备，还只是一个潜在的人，那么随着胚胎的发育，人的各种人格特性逐渐地具备。在受精后的第三周，已经能够看到胎儿的躯体的重要部分，尤其是心脏在第 21 天已经开始有规律地跳动。大概从第 21 天到第三个月结束，胎儿的大脑就开始形成了。最早在第三个月末，胎儿的所有器官都已经形成。孩子也并非是在出生后才开始第一次呼吸，胎儿在母体中的最后一个月已经开始呼吸了，只是这种呼吸是浅呼吸而非深呼吸，吸进肺部的也并非空气而是羊水。^[27]新生儿在出生后所具有的生命活动，在母体内也几乎都有了，因而会出现母亲因出现意外事故死亡，而胎儿仍然能够被活着取出的现象。

也就是说，医学上已经认识到，生命开始于受精，从此时起人的生命朝向由基因确定的形态发展，并逐步发育成具有理性的人的存在。从受精后第 14 天开始，受精卵发育为胎儿，从此时起，胎儿的属性潜在地确定下来，并逐渐地发展和实现，获得人的价值。以此为基础，胎儿已经具有了确定的生命、身体和健康这些基础性的人格要素形态。

（二）胎儿具有人格价值

除了医学之外，伦理学也逐渐承认胎儿的人格价值。伦理学作为反思人类行为的科学，相较于自然科学难以获得人们的广泛认可，它不能够通过实验进行检验。因此人们仅思考那些获得一致同意的规则，这些规则涉及对于人格人的精神发展的保护，或者涉及对于人也包括动物的无理地遭受苦难的禁止。[28]伦理观念对于法律规范的解释，起到一种启发性的指导作用，提供了一种与法律规定的概念和目的相近的解释。[29]而且伦理规范中得到广泛承认的价值通过宪法的基本权利转化为宪法中的条款，从而获得制定法意义上的承认，并因此成为部门法立法和法律解释的正当性基础。也就是说，伦理上对于人格的认识通过宪法上的承认，最终对于民法的立法和法律解释产生重要影响。

人具有一种内在价值，这与人对于其他任何人或任何物是否有用无关。这种认识源于康德关于人的认识，康德认为，人自身就是目的，永远不能把人当作实现目的的工具。也就是说，人只能被作为尊重的对象，而不论是否被他人所喜欢。

胎儿作为形成中的人，已经具备决定人的所有特征的基因构成，并具有了自我发展和完善的能力，逐渐向成熟的人发展。德国联邦宪法法院对此也予以承认：胎儿作为独立的法律利益受到宪法的保护（《德国基本法》第 2 条第 1 款和第 1 条第 1 款）；国家的保护义务不但禁止对于自我发展的生命的直接的国家侵入，而且要求国家对于胎儿提供保护和促进。[30]我国宪法实际上也确立了胎儿的人格价值。《宪法》第 33 条第 3 款规定，国家尊重和保护人权。由于胎儿已经具有了人的生命和人的基本特性，因此胎儿也是《宪法》第 33 条所规定的人权的保护对象。由于宪法作为一个国家的最高法律，确立了一种价值秩序，这种秩序为民法上对于胎儿的主体性和人格利益的承认提供了正当性基础。

因而，胎儿已经具有了潜在的人的形态和要素，并通过自我发展不断予以实现，以此为基础具有了伦理上和宪法上的人的价值。对于这种价值只能尊重而不能利用，因此，胎儿具有自我目的，应当被作为主体对待。

（三）胎儿是一种准人格存在

民法中的人格包括人和组织体两种。前者限定为出生至死亡阶段—自然人，后者是符合法律规定并经登记的组织体—法人。他们具有意志自由，这种意志自由或者源于自身的成熟理性，或者源于自身有限理性与法定监护人的理性的结合，或者源于通过组织机构形成的理性，他们作为意志载体的现实存在，具有自我发展的能力。

事实上，作为精神和肉体存在的人，是一个生命的发展过程，始于受精卵的发育。在这一过程中，人的人格不断丰富而后又逐渐消退。从受精卵开始，人已经具备了生命、身体和健康这些基础性的人格要素；在出生以后，人又通过自己的行为不断地向外表现并发展其人格，人格要素不断增多；人在死亡以后，丧失了生命和健康这些基础性的人格要素，丧失了通过自己的行为发展人格的能力，并随着时间的推移，其生前获得的姓名、名誉等部分人格要素也逐渐消退并最终消亡。因而，在人的发展历程中，有的阶段完全符合民法人格的内容性要求，有些阶段不完全符合这一要求，仅仅具备法律人格的部分要素。例如，胎儿不具有意志能力，也不具备发展其人格的能力，但是具有作为意志能力物质性基础的生命和身体；死亡以后的阶段虽然不再具备意志自由，丧失了人格发展的能力，但是仍然具有姓名、名誉等社会性人格要素。

法律选取人的发展历程中人格要素较为完满，具有一定认识和意志能力的从出生到死亡的阶段作为法律上的人的原型，构建法律人格制度，表现为自然人的规定。但是人格要素并不完满的阶段也是人的发展历程，对于人的这种存在阶段也需予以承认和尊重，而不能弃之不顾。现代伦理学、社会学的发展以及社会主导的价值观念都要求法律对于人的这些阶段也给予关怀和保护。

虽然胎儿属于人的发展的初始阶段，人格要素尚不完满，尤其是并不具有认识和意志的能力，因而并不符合法律人格的构成要件，不能作为法律人格。但是，如上所述，胎儿已经具有法律人格的部分人格要素和形态，具有了人的尊严，属于类似于完满人格的存在，是准人格存在。本文认为，对于准人格应当作如下界定：不属于法律所规定的典型人格，但具有部分人格存在的人格状态。具有准人格状态的不限于胎儿，还包括死者和一些非法人组织。[31]正是胎儿的准人格状态要求其在法律主体层面具有部分权利能力，其准人格部分要素能够作为法律上的人格要素，成为人格权保护的客体。

四、胎儿具有部分权利能力

在《德国民法典》立法时，就得到建议，要求将已经存在的生命事实通过法律规则去接纳和延续。[32]而且原《普鲁士一般邦法》（ALR）第 10 条、11 条和 12 条第 1 款[33]已经规定了未出生人的法律地位。但是立法者仍然坚持了罗马法的传统，确立了僵硬的人的生命开始于出生并因此获得权利能力的原则。

进入 21 世纪以后，虽然医学和生物技术的发展已经加强了司法实践对于胎儿的保护，但是，关于胎儿是否具有权利能力，立法和司法仍然没有明确的态度。正如前文所述，对于出生前的人的权利能力的确认已经是一项迫切的要求。除了在对胎儿所受侵害予以救济时的内在障碍需要权利能力制度予以克服以外，在民法中对于胎儿法

律地位确认的迫切需要还表现为胎儿受到侵害时的排除妨害请求权。这种排除妨害请求权对于胎儿的保护具有重要意义，可以直接针对妨害予以排除，但其必须以胎儿具有生命权和身体权等人格权为前提。权利的享有以其具有权利能力和人格要素为前提，因此胎儿的权利能力和人格要素必须得到明确。虽然胎儿还无法自己行使其权利，但是可以由其父母代为行使，因而这并不能成为否认胎儿具有权利能力和人格权的理由。

（一）民法的有关规定与司法实践事实上承认了胎儿的部分权利能力

我国和比较法上既有立法关于胎儿保护的个别规定和司法实践对于出生前侵害的救济事实上已经承认了胎儿的准人格状态，为赋予胎儿权利能力作好了准备。

胎儿在财产方面的能力已经得到了认可。胎儿在继承和受遗赠方面作为受益人是没有障碍的，只是要求胎儿以活着出生为条件。虽然胎儿在活着出生时才获得财产权利，但是在出生前已经具有了财产的先期权利或者候补性权利，这种权利提供了作为未来权利基础的临时性保护。这究其本质是对胎儿权利的承认，也就是间接地对胎儿权利能力的承认。即便是拟制说，视为胎儿已经出生，其法律后果也是对胎儿权利能力的间接承认。

在人格保护方面，按照我国和其他德国法系国家侵权法的构造，侵权法对于损害的救济以受害人受到不法侵害为前提，并因这种侵害而遭受损害。相对于侵害后果来说存在一个侵害的前在状态（*Praeexistenz*）是必需的。**[34]**但是如果像德国联邦法院坚持的那样，争议的焦点并不是胎儿或者尚未受胎的人的损害，而是带着疾病出生的孩子的损害，**[35]**完全不考虑胎儿而仅针对出生后孩子的话，侵害前的状态是不存在的。因为孩子从出生时起才具有权利能力成为法律上的人，胎儿所受到的身体和健康的不利后果在此时转化为出生后孩子的法律意义上的侵害后果，也就是说孩子自其作为法律上的人开始就处于一种被侵害后的状态，并不存在一个与侵害后果相对的侵害前状态。

德国联邦法院试图回避胎儿的权利能力而通过其他的方法来创造一种侵害前状态。法院将受到《德国民法典》**823**条第1款保护的人格法益与主观权利相区分，并认为，任何对于人的机体成长过程的干扰都是对于人格法益的侵害，使得孩子没有接受到自然为人类生命机体所赋予的健康状态。**[36]**德国联邦法院的这种做法试图诉诸自然法上的权利去论证出生前的人的生命过程，将由自然赋予生命的健康状态作为一种侵害前状态。但是，这种诉诸自然法的判决仍然不能解决问题。学者认为德国联邦法院向自然法的回归导致了与制定法的矛盾，是为了解决问题而随意采用的方法。**[37]**侵权法的内在结构要求能够获得救济的一定是那些对于法律上利益的侵害，侵权法作为制定法，只能对于实证法上的权利予以保护，自然法上的权利并不能作为侵害的前在状态。

由于我国主要继承了德国的侵权法理论，虽然并未采用类似《德国民法典》第**823**条和第**826**条的递进式侵权法构造，但是侵权法的基本理论沿用的是德国法，因此，法定的权利或利益是侵权行为侵害的前提。我国《侵权责任法》第**2**条也规定，承担侵权责任必须是法律上的民事权益被侵害，**[38]**并且对主要的民事权益作了规定。也就是说，在我国，构成侵权责任前提的是民法上的权利和利益，自然法上的权利并不能成为侵权责任法保护的主体。因而，虽然我国司法实践中对胎儿提供了侵权法上的救济，但是这种救济本身存在理论上和教义学上的障碍。由于传统理论不承认胎儿的权利能力，那么胎儿的各种利益都不能作为民法上的权利和利益，至多只能算作自然法上的权利，而这种权利其实是不能获得侵权法保护的。

因此，必须承认胎儿在人格权领域的权利能力。只有胎儿具有权利能力，其生命、身体和健康才能够作为一种法定的权利，对于这些权利的侵害才构成违法行为，这样的侵害作用于胎儿的生长发育过程并在孩子出生时表现为最终的受侵害状态。这样才能够逻辑一贯地满足侵权法的结构要求，解决出生后孩子的损害赔偿请求权。也就是说，司法实践对于出生前侵害的救济，内在地包含了对于胎儿权利能力予以承认的要求。

综上所述，立法关于胎儿的财产权利的保护以及司法关于胎儿人格权利的保护，实际上是对胎儿在这些个别的财产和人格领域作为权利主体的能力的承认，从而为承认胎儿具有部分权利能力提供了法律基础。

（二）胎儿应当具有与其准人格状态相应的部分权利能力

关于胎儿权利能力的判断，存在三种思路。

1. 胎儿并不具有权利能力。这种思路坚守权利能力始于出生的制定法规定，认为胎儿并不具有权利能力，关于法律对于胎儿的特殊保护，采用拟制说、预先保护说或者依附母体说予以解释。

拟制说为立法者广泛采用，德国民法和法国民法针对胎儿多采用拟制的方法，通过拟制，胎儿获得与已经出生的人相同的法律地位。卡尔·拉伦茨也认为，法律关于胎儿权利保护的特别规定，并不是对于胎儿权利能力的承认，而是一种拟制。**[39]**通过拟制，未来的人在活着出生的前提下与已经出生的人具有相同的地位。**[40]**

但是，通过抑制，法律在隐藏一些事实。拟制的原因在于学界坚守权利能力与出生相联系的规则，可见出生与获得权利能力两者之间的紧密联系是一种根深蒂固的观念。正如学者所言：如果承认胎儿的部分或者相对权利能力对于法律来说并非是不可想象的，那么拟制就是不必要的了。**[41]**因此，拟制与承认胎儿具有权利能力并不存在冲突，究其本质是对胎儿权利能力的间接承认。

在我国，不承认胎儿权利能力的学者通过预先保护说和依附母体说来进行胎儿保护的教义学解释。预先保护说认为，胎儿与出生后的自然人具有生物同体性，如因权利能力不具备而将胎儿排除在法律保护之外，势必带来诸多弊端，尤其是伦理上的问题。但是就胎儿期间设定保护，在技术上仍然要严格维护法律逻辑，所以要否定胎儿的主体性，不承认其具有权利能力，而仅通过对出生后自然人的某些利益进行预先保护，来达成对胎儿的保护。

[42]依附母体说认为，胎儿并不具有权利能力，权利能力的取得必须始于出生，没有出生就不可能作为一个独立存在的生物体享有权利能力，而胎儿在没有出生之前依附于母体，不可能成为区别于母体的一个独立的生物体存在，所以不能成为具有民事权利能力的主体。[43]

需要指出的是，权利能力与出生的联系建立在伦理和价值判断基础之上的。随着社会的发展，尤其是医学以及生物技术的发展，关于人在胎儿阶段的认识逐渐增加，认识到胎儿已经具有了人的属性，具有了人的价值，在一定程度上成为一种自我的目的。在这样的伦理和价值判断之下，仍然坚守权利能力始于出生的教条是否适当，值得深入反思。

2. 胎儿具有全面的权利能力。由于现代医学和生物学的发展，人们认识到人的生命从受孕时就已经开始了，因而存在一种承认胎儿具有全面权利能力的观点，认为胎儿从受孕时就获得了全面的权利能力。这种观点具体又可分为绝对的全面权利能力和相对的全面权利能力。

绝对的全面权利能力说认为，人的权利能力始于受孕，这一观点与医学与生物学的认识，以及自然法和现行法相一致。[44]并且认为，权利能力不依赖于胎儿是否活着出生，即使死亡出生的胎儿仍然具有权利能力。尚未出生的孩子生存于母体中，也会在母体中死亡并且以死亡的状态出生，其事实情况与孩子出生后死亡并无不同。死亡只是结束权利能力，并不能取消已经存在的权利能力。[45]

但是这种观点与某些情况下孩子权利的取得是以活着出生为前提的规定相矛盾的。比较法上一般认为胎儿虽然获得了继承能力，但是继承权的获得是以活着出生为前提的。还有，依据现有各国的司法实践，胎儿在出生前遭受的侵害，只有在活着出生后才能具有损害赔偿请求权。这样的法律规定以及司法实践与胎儿具有全面权利能力的学说相矛盾。因为既然胎儿从受孕时起就获得了全面的权利能力，那么胎儿从受孕时起就应当具有继承权和损害赔偿请求权，而不应当在胎儿没有活着出生时消灭。

相对的全面权利能力说认为，应当采用瑞士法关于胎儿权利能力的规定，对于胎儿予以总括保护。[46]按照这种意见，胎儿在活着出生的前提条件下，具有全面的权利能力，但是这种全面的权利能力的观点与绝对的全面权利能力观点存在一定的差异。后者认为胎儿的权利能力从胎儿受孕时起绝对地开始，并不受其是否活着出生的影响，即便胎儿没有活着出生，其已经存在的权利能力也不受影响。而相对的全面权利能力以胎儿活着出生为前提，如果胎儿没有活着出生，胎儿的权利能力并不获得，或者溯及既往地消灭了。

虽然承认胎儿具有完全权利能力的学说与现代医学关于胎儿的认识相一致，能够避免现行立法以及司法实践对于胎儿权利能力保护的迂回曲折的作法，但是其法律后果，尤其是绝对的全面权利能力，与既有立法以及司法实践的价值判断相违背。现行立法赋予胎儿一种预先的财产资格，是因为胎儿即将出生并需要财产以维持人格的存在与发展，因此要求胎儿在活着出生时才真正地获得这些财产权利。如果胎儿没有活着出生，那么这种预先保护是没有意义的，只会不利于现实生存的人。因此这种全面权利能力的学说也不能很好地解决胎儿法律地位的问题。诚如学者所言，虽然人的存在是一个持续的发展过程，开始于受孕终结于死亡，但这并不必然导致法律必须无条件地在任何方面都将全面的权利能力尤其是财产能力连接于本身就是逐步实现的生物发展过程的开端。因为法律要实现秩序功能，必须考虑法律安定、目的性和可执行性。[47]尤其是权利能力本身就是法律的产物，与自然法上的人格概念有所不同，因此法律无需也无法完全与自然法保持一致，只要法律能够通过其他方法实现伦理价值，就无需将全面的权利能力赋予胎儿。

3. 胎儿具有限制的权利能力。立法以及司法实践中对于胎儿个别方面的保护，提供了在这些领域承认胎儿具有部分或者限制的权利能力的可能性。

德国学者尼佩代提出“限制权利能力”说，认为尚未出生的孩子在活着出生的条件下，被视为法律主体，也就是说，在活着出生的条件下被赋予限制的权利能力。[48]学者施密特也认为，形成中的人从受孕之日起就具有缩小的权利能力，这种权利能力被限定于某一范围之内。[49]还有学者认为，虽然胎儿并不具有权利能力，但是法律的特别规定事实上导致了其限制的权利能力。[50]慕尼黑民法典评注的作者也认为，为了承担胎儿在宪法上受保护的义务，（私法上）必须部分地类推适用法律关于胎儿保护的规定，因而产生了胎儿的限制权利能力的结果。[51]

我国台湾地区的立法实际上也确认了胎儿的限制权利能力，因为台湾地区《民法典》第7条关于胎儿权利能力的规定是以关于胎儿利益的保护为范围的，也就是说胎儿能够享有权利能力的范围局限于对胎儿有利的法律关系。王泽鉴先生也认为，凡关于胎儿利益之保护，均视为既已出生，但不及于义务的负担。[52]这样所确立的事实上是一种限定于一定范围的部分权利能力。

4. 结论：胎儿具有与其人格状态相应的部分权利能力。

法典关于一般权利能力始于出生的规定，并不排除特殊主体的特殊权利能力。虽然胎儿并不具有理性，也不具有实现这种理性的身体，因而不能够作为普遍法律秩序的一般主体。但是其已经具有了生命、身体、健康等部分人格要素，具有人的价值。为实现这些价值，法律必须在与此相关的法律关系中承认其具有部分权利能力。

胎儿并不具有全面的一般权利能力。虽然基于医学和生物学的知识，人的生命从受孕时开始，从此时起具有了天赋的生命、身体和健康的权利，这种权利需要得到法律的保护。而且胎儿将来的权利也需要保护，也就是说胎儿需要具有一定的权利能力。但是这并不代表胎儿要具有全面的权利能力。因为一般权利能力是制定法的产物，

虽然关于人和生命的认识建立在医学和生物学的基础上，但是制定法的规定除了这些考量因素之外，更要考虑法的确定性和可操作性，制定法关于一般权利能力始于出生的规定并不存在严重违反正义之处。法律通过个别的规定赋予胎儿相应的保护，因此法律关于一般权利能力始于出生的规定还是有效的，对胎儿的权利能力的设计不能够严重违反这一规则。

胎儿应当具有部分权利能力，胎儿的权利能力范围应当与其伦理状态相适应。由于胎儿的人格处于发展之中，尚不完满，不具备外界可以识别的人格个性，例如姓名、肖像等人格特征。也就是说，胎儿的人格特性被限制在部分领域，但是只要存在对胎儿的人格保护的必要，就存在相应的请求权。[53]与这种不完满的人格状态相适应，胎儿需要保护的人格领域局限于生命、身体、健康方面，并不具有出生后的人所具有的广泛的姓名、肖像、名誉等具体人格权和一般人格权。

外在于胎儿的法律关系也很有限，其不具有广泛参与法律交易的能力，因而胎儿不适宜具有广泛的权利能力。而且由于胎儿不具有明确的可以识别的外部人格特性，赋予其全面的权利能力，也不利于法律交易的安全。

因此，胎儿具有的是一种部分权利能力，是限定在维护其人格价值必要范围内的权利能力。

五、胎儿部分权利能力的具体构建

（一）胎儿的权利能力是限定于一定范围的权利能力

关于胎儿权利能力的范围，比较法上存在不同的规定。《瑞士民法典》第31条规定，胎儿在活着出生的保留条件下具有权利能力。这一规定并未对胎儿的权利能力范围予以限制。我国台湾地区《民法典》第7条规定，胎儿以将来非死产者为限，关于其个人利益之保护，视为既已出生。这种立法例将胎儿的权利能力限定于其个人利益的保护，存在于一定的范围内，具有内容的限定性。在学说上，关于胎儿的权利能力范围也存在类似的两种观点，一种观点认为胎儿具有全面的权利能力，此种观点以德国学者沃尔夫和我国的梁慧星教授为代表。[54]另外一种观点认为胎儿具有限制的权利能力。[55]

本文认为，胎儿的权利能力应当限定于一定的范围内，也就是说，这种权利能力仅限于依据胎儿的人格状态能够参与的领域，包括部分人格法律关系领域和部分财产法律关系领域。

第一，胎儿在人格权领域享有具体权利能力，可以获得对其生命和身体的法律保护。虽然有学者不承认胎儿的权利能力，仅认为胎儿具有法益的受侵害能力，[56]但实质上也是对胎儿人格权领域权利能力的承认。

第二，胎儿已经具有了生物层面的存在，出生以后人格的发展更离不开财产的支持，而且财产权利的享有是人格存在和发展的物质基础，因而不具有理性的人也能够作为权利主体，享有财产权利带来的利益。因而胎儿在纯粹受益型的财产法律关系中具有权利能力。

我国民法已经确认了胎儿可以作为继承权主体的能力，而且对胎儿具有法定抚养义务的人死亡和残疾时，胎儿可以向加害人主张抚养费用的赔偿。比较法上，德国民法典除对此也作了规定之外，还规定了胎儿可以作为有利于第三人合同的第三人。[57]因而胎儿在财产权方面具有权利能力是没有疑问的。但是值得注意的是，胎儿只能作为财产权利的主体而不能作为财产义务的主体，这是因为财产权利的享有可以保护胎儿的人格价值，促进其人格发展，而由于胎儿尚不具有理性，也没有法定的监护人，财产义务的承担不利于其人格发展。由于胎儿尚未出生，其对于财产并不具有现实的需要，因而胎儿的财产权只是一种期待权，一种期待在其出生时能够获得一定财产的权利，并不表明胎儿能够现实地拥有这些权利。法律保护的也只是其对于这些财产的期待权。

（二）胎儿的权利能力区分人格权领域和财产权领域而有所不同

关于胎儿权利能力的具体构建，大概存在两种做法：附延缓条件或者采附解除条件。

按照《瑞士民法典》第31条的规定，一般认为从受孕时起胎儿不但具有了权利和义务能力，而且受到全面的民法人格保护。[58]但是这种权利能力是一种附条件的权利能力，至于这种条件是延缓条件还是解除条件尚存在争议。

有学者认为，在财产权利的获得以及义务的归责方面应当采用延缓条件说，财产权利和义务在孩子活着出生时成立，并溯及胎儿受孕时发生作用。在人格权利的保护方面应当采解除条件说，人格权在胎儿受孕时起就产生，在其没有活着出生时溯及既往解除。[59]

还有一种观点认为，胎儿的权利能力是附解除条件的权利能力。法布齐乌斯认为，胎儿具有附条件的限制权利能力，以胎儿的死亡出生为解除条件，因此限制权利能力的结束不是与活着出生而是与死亡出生联系在一起的。[60]

尼佩代构建了一种附延缓条件的权利能力，认为在条件成就时，胎儿溯及受孕时具有权利能力，也就是说胎儿的权利能力是未定的，在胎儿活着出生时权利能力被溯及既往地确认。[61]

上述附条件的权利能力，不管是附解除条件还是附延缓条件都不能解决问题，即便瑞士学者对财产权利和人格权利的条件作了区分，还是不能完全地解决胎儿人格权保护的问题。由于胎儿在受孕时起就具有了人格的特性，具有了部分人格要素，这些人格要素作为天赋权利，应当受到宪法和民法的保护，因而胎儿在受孕时起就应当具有人格权方面的权利能力，受到侵害时就可以主张排除妨害请求权。但是按照延缓条件说，胎儿此时的权利能力还不能确定，那么便不能行使排除妨害请求权，这对胎儿的人格保护是非常不利的。即使是解除条件说，如果胎儿最终没有活着出生，那么胎儿的权利能力要溯及既往消灭，可是已经主张的排除妨害请求权如何消灭呢？而且

胎儿自受孕时起就开始了人格发展过程，不管最终是否活着出生，这种人格权都是存在的。死亡出生只是使得人格终止，权利能力终止，而不能使已经存在的人格和权利能力被消灭，学者一般认为，这种排除妨害的人格权请求权是不以活着出生为条件的，它的存在与孩子是否活着出生无关。[62]

因此，本文认为，胎儿的人格权利能力是从受胎时起就绝对产生的，并不负有延缓或解除条件。因为胎儿作为人的形态而存在，这种人格状态是天赋的，如果附有条件的话，就是对胎儿人格状态的否定。不管胎儿最终是否活着出生，都无法改变其作为人存在的事实，也不能否定其人格之曾经存在，因此，胎儿人格权领域的法律关系是无条件的。据此，胎儿人格权受侵害时，其保护人可以代为主张排除妨害和防止妨害请求权，而不论胎儿最终是否活着出生。

胎儿财产权领域法律关系的权利能力是为了使胎儿获得财产以实现其人格的发展。对于财产的需要是出生以后才开始的，如果胎儿没有活着出生，则赋予其财产能力是不必要的。因此胎儿财产领域的权利能力是一种附解除条件的权利能力。由于人身受到侵害而产生的损害赔偿请求权也是一种财产性权利，因而针对这种权利的权利能力是一种附解除条件的权利能力，如果胎儿最终没有活着出生，那么其最终并不能获得损害赔偿。

六、胎儿的人格要素及其保护

人格权的客体为人格要素或人格利益，它是人格的诸构成部分。但是需要注意的是，作为民法上人格权客体的人格要素一定是那些具有客观表现的人格组成部分，或者是那些在一定的外部领域得到客观表现的人格价值。纯粹主观上的抽象的人格构成要素并不能作为人格权保护的客体。这是由民法上人格权的权利构造决定的。人格权作为一种绝对权，必须具有外在的客观表现，使权利具有其界限；而且，民法权利的客体也必须是那些可以感知的客观存在，因而人格要素的客观表现是不可或缺的。胎儿具有生命、身体、健康这些基础的物质性人格存在，是胎儿人格的重要组成部分，它们具有明确的客观存在。这些人格存在具有了客观的表现，成为法律意义上的人格要素。以前述胎儿可以在人格权法律关系中具有部分权利能力为基础，胎儿可以成为人格权的主体，对其人格要素享有人格权，以排除他人的干涉。

虽然胎儿在出生前其大脑已经发育完备，但是只具有一定的感觉和生理反应，不具备认识事物的能力，也不能依据对于事物的认识作出判断。因而胎儿并不能通过自己的行为参与法律关系，享有权利和承担义务，不具有行为能力，是一种无行为能力的状态。

为了使胎儿的权利能力得以实现，获得权利及其所带来的利益，并且在其权利被侵害时，主张相应的排除妨害请求权或者请求法院予以救济，应当为胎儿设定保护人以弥补胎儿行为能力的不足。保护人应当在胎儿具有权利能力的所有领域中照顾胎儿的利益，代替胎儿进行相应的法律行为。

父母是胎儿最直接的利害关系人，并且在胎儿出生后作为孩子的亲权人，照顾孩子的事务，因而是胎儿最适合的保护人。他们在所有必要的范围内照顾胎儿的利益，代替胎儿进行相关行为，包括在胎儿的人格权遭受侵害时行使排除妨害请求权，在胎儿未来的财产利益被侵害时行使相关的请求权或提起诉讼等。

七、立法建议——一代结论

我国在立法和司法实践中存在零散的对于胎儿的财产和人格方面的保护，通过承认胎儿的部分权利能力和人格要素，能够将这些零散的规定整理起来，建立教义学上与民法体系的内在关联。现在正值《民法总则》和《人格权法》立法关键时期，这两部法律都与胎儿法律地位问题存在紧密关联，兹根据本文的研究，尝试就《民法总则》和《人格权法》关于胎儿的立法提出建议，以求教于方家。

建议在《民法总则》一般权利能力的规定之后增加一款：关于胎儿人格利益的保护，自其受胎 14 天起具有权利能力。关于胎儿财产利益的保护，以其活着出生为前提，具有权利能力。

建议在《人格权法》中专门对于胎儿的人格保护作出规定：胎儿享有生命、健康和身体利益，在遭受他人不法妨害时，其父母可以代为主张排除妨害请求权。受到他人不法侵害的，在其活着出生后可以向侵害人主张损害赔偿。

注释：

[1]根据医学知识，从受精第 14 天起，受精卵在子宫内着床，丧失了发育为多人的可能性，确定了未来胎儿的基本特性。

[2]参见王利明：《人格权法研究》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 338 页；魏振瀛：《民法》，高等教育出版社 2000 年版，第 52 页。

[3]Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin Guttentag, 1888, Bd. I, S.28.

[4]See Smith, Keenan, Denis J., English law, 4th edition, London, 1973, p.93.

[5]Vgl. Jürgen Thomas Mahr, Der Beginn der Rechtsfähigkeit und die zivilrechtliche Stellung ungeborenen Lebens, Peter Lang Verlag, Frankfurt 2007, S.204.

[6]参见注[5]，第 224 页。

[7]Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 8. Auflage, 1900, S.198.

- [8]Vgl. Fritz Fabricius, Gedanken Zur hochstrichterlichen Rechtsprechung betreffend den Nasciturus, FamRz, 1963, S.406.
- [9]参见马俊驹、余延满：《民法原论》（第2版），法律出版社2005年版，第78页。
- [10]参见杨立新：《民法总论》，高等教育出版社2007年版，第72页。
- [11]参见注[2]王利明书，第339页。
- [12]Vgl. Munchener Kommentar BGB, Band 1., 5 Auflage, Verlag C. H. Beck 2006, S. 121.
- [13]JZ 1953, 308.
- [14]Vgl. Schmidt Rudolf, Der Schutz der Leibesfmcht gegen unerlaubte Handlung, JZ 1952, 167.
- [15]See Bonbrest v. Kotz, 65 F. Supp. 139 (1946).
- [16]参见注[15]，第138页。
- [17]See Smith v. Brennan, 157 A. 2d 497, 504.
- [18]See Restatement of the Law (Second), Torts 2d (1979), § 869, Comment on Subsection (1)
- [19]参见林诚二：《民法总则》（上册），法律出版社2008年版，第126页。
- [20]Vgl. Bumm, Gmndriß zum Studium der Geburtshilfe, 10. Auflage, Wiesbaden 1914, S.79.
- [21]Vgl. Monika Lanz-Zumstein, Die Rechtsstellung des Unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, Verlag V. Florenz, Munchen 1990, S.278.
- [22]Vgl. Schreiber-Popovic, Medizin Heute 1985, 18.
- [23]Vgl. BverfG 39, 37.
- [24]Vgl. Paul Krauß, Medizinischer Fortschritt und arztliche Ethik, C. H. Beck, Munchen 1974, S.18.
- [25]参见注[21]，第288页。
- [26]Vgl. Gassen, Der Stoff aus dem die Gene sind, Munchen 1986, Fuf3n. 430, S.92.
- [27]Vgl. Ernst Wolf/Hans Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfahigkeit des Menschen, Vittorio Klostermann, Frankfurt 1955, 5.130.
- [28]Vgl. Bernhard Rtttsche, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integritat, Dike Verlag, Gallen 2009, S.39.
- [29]参见注[28]，第40页。
- [30]Vgl. BverfGE 39, 1.
- [31]值得注意的是，合伙的部分权利能力已经得到德国联邦最高法院的确认。Vgl. BGHZ 146, 341.
- [32]Vgl. Nachtrage zu den gutachtlichen Aulßemngen zum Entwurf des BGB, Berlin, 1891, S.34.
- [33]普鲁士一般邦法第10条规定：人的一般的权利也适合于尚未出生的孩子，从其受孕时起开始。第11条规定：对于出生的孩子负有照顾义务的人，对于尚在母体中的孩子具有相同的义务。第12条第1款进行了一定的限制：在孩子活着出生的保留条件下，尚未出生的孩子就像在受孕时已经真实地出生一样享有民法权利。
- [34]参见注[27]，第169页。
- [35]参见注[13]。
- [36]参见注[13]。
- [37]参见注[27]，第167页。
- [38]我国《侵权责任法》第2条规定：侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。
- [39]Vgl. Karl Larenz, Allgemeiner Teil des BGB Rechts, 5. Auflage, C. H. Beck, Munchen 1980, S.80.
- [40]Vgl. Klaus Saerbeck, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, Walter de Gruyter, Berlin 1974, S.42
- [41]Vgl. Josef Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Vittorio Klostermann, Frankfurt 1969, S. 170.
- [42]参见龙卫球：《民法总论》（第2版），中国法制出版社2002年版，第202页。
- [43]参见王利明：《民法总论研究》，中国人民大学出版社2003年版，第338页。
- [44]参见注[27]，第230页。
- [45]参见注[27]，第231页。
- [46]参见梁慧星：《民法总论》（第3版），法律出版社2007年版，第89页。
- [47]Vgl. Fritz Fabricius, Relativitat der Rechtsfahigkeit, C. H. Beck Verlag, 1963, S.114.
- [48]Vgl. Enneccrus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Burgerlichen Rechts, 15. Auflage, 1959, § II 84, 3, S.479
- [49]参见注[14]。
- [50]Vgl. Palandt Danckelmarm, BGB 1959, § 1, Anm.3.
- [51]Vpl. Jochem Schmitt, Munchener Kommentar BGB, Band 1, § 1, S.121-122.
- [52]参见王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第106页。
- [53]参见注[21]，第310页。
- [54]参见注[27]，第230页；注[46]，第89页。
- [55]参见注[48]。
- [56]Vgl. Kotz/Wagner, Deliktsrecht, 10 Auflage, 2006, S.59.
- [57]参见《德国民法典》第331条。

[58]Vgl. Tour, Schw. ZGB, S.82. Ferdinand Karl Neuer, Der Mensch zwischen Zeugung und Geburt als Rechtssubjekt, Dissertation der Universität Koin, S.18.

[59]Vgl. Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stapfli Verlag, Bern 2005, S. 16.

[60]参见注[14], 第 168 页。

[61] 参见注[48], 第 479 页。

[62]Vgl. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2004, S. 104.

【参考文献】

{1}. 梁慧星:《民法总论》(第 3 版), 法律出版社 2007 年版。

{2}. 王利明:《民法总则研究》, 中国人民大学出版社 2003 年版。

{3}. 龙卫球:《民法总论》(第 2 版), 中国法制出版社 2002 年版。

{4}. 林诚二:《民法总则》(上册), 法律出版社 2008 年版。

{5}. Schmidt, Der Schutz der Leibesfrucht gegen unerlaubte Handlungen, JZ 1952.

{6}. Enneccrus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, 1959.

{7}. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2004

{8}. Fritz Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, C. H. Beck Verlag, 1963.

中国法学会婚姻法学研究会 2013 年年会简报第四期 夫妻财产制度研讨专题

2013 年 11 月 30 日 中国私法网 责任编辑 刘胤宏

主持人: 中国法学会婚姻法学研究会副会长、江西省高级人民法院郭兵副院长

发言人:

夏正芳(江苏省高级人民法院)

杨晋玲(云南大学法学院)

裴桦(大连海事大学法学院)

李洪祥(吉林大学法学院)

何丽新(厦门大学法学院)

吴晓芳(最高人民法院)

评议人:

马忆南(中国法学会婚姻法学研究会副会长)

许莉(华东政法大学法学院)

郭兵副会长:

现在进行夫妻财产制度专题研讨。本次研讨原计划有五名代表发言, 现添加一名代表--吴晓芳, 她是最高人民法院专门研究婚姻家庭法的法官。我先回顾上午的家庭暴力专题研讨会。关于家庭暴力纠纷, 扈主任、龙老师、李明舜老师都积极主张立法。当今的家庭暴力现象确实比较严重, 例如巫老师所讲的情杀也是家庭暴力的一种。我来参加年会的前一天所讨论的几个案件都是因家庭暴力而杀人的。其中一个案例是, 一对情侣当中的女方与第三者相恋, 男方后来发现女方怀孕且知道胎儿并非自己的孩子, 就掐女方的脖子致其死亡。男方随后将女方尸体运送至公安局, 并投案自首。这类案件在法院判处死刑、死缓、无期徒刑的案件当中所占的比重比较大。还有一个案件是, 夫妻双方中的女方怀孕, 在外打工的男方回到家中找不到女方, 误以为女方与前夫仍保持联系, 则去询问女方的姐姐其妻子的去向, 最后因被拒绝而杀害女方的姐姐及家人。杀人和伤害都属于家庭暴力。上午何志权律师讲述了骚扰、纠缠, 吴晓芳法官讲述了冷暴力, 可见, 从执行的角度来看, 家庭暴力纠纷的解决具有较大困难。对于家庭暴力的研究, 应该要考虑其可操作性。叶老师刚才有个观点我并不十分赞同。叶老师认为, 加害亲属的应从重处罚。但是照目前的司法实践来看, 婚姻家庭案件当中的杀亲案件一般是从轻处罚的, 很少处决犯罪人, 这与叶老师的观点有所不同。

接下来进入本单元的研讨主题--财产制度专题。婚姻家庭案件现在确实出现了很多新情况, 特别是财产方面的新问题。之前的离婚案件相对简单, 现在的离婚案件除了有感情纠纷以外, 还有很多财产处置的问题。我们首先有请江苏省高级人民法院民一庭的夏正芳庭长发言, 其发言的主题为《当前婚姻家庭财产纠纷案件热点、难点问题探析》。据我所知, 夏正芳庭长在民庭工作了 25 年, 因此她在审判婚姻家庭案件方面是非常有发言权的。下面有请夏正芳庭长。

夏正芳庭长：

谢谢！我非常荣幸能够作为实务部门的代表来与大家共同探讨实务问题。在法院的民事审判实务当中，婚姻家庭是一种传统类型的案件。随着社会经济生活的发展，传统的案件会出现很多新的特点和情况。在新特点方面，我们会发现以下几点。一是婚姻家庭案件量在民事案件数量当中的绝对数非常大，而且每年都有小幅增长。从法院受理的民事案件的种类来看，占据前三位的分别是道赔案件、民间借贷案件、婚姻家庭案件。婚姻家庭案件之前一直是占据第一位，但是去年在江苏法院中道赔案件占据第一位，今年在江苏法院中占据第一位的应该是民间借贷案件。第二个特点是人们对婚姻的关注点已经从人身关系转向财产关系。离婚往往涉及到房产和债务，此时双方的矛盾是非常尖锐的。第三个特点是大量的新情况、新问题给事实认定和法律适用造成一定难度。第四点是案件私了比较困难。

我将实务问题归纳为八个方面。由于时间问题，我仅对其中的部分作简单介绍。第一个问题涉及父母出资房产的处理。因为房产价值往往上百万，所以在解决离婚纠纷时，房产的处理一般较为棘手。这就涉及到对于《婚姻法解释三》第7条和《婚姻法解释二》第22条的理解。在父母出全资或部分出资的时候，有可能由子女来签订购房合同，争议点往往就在于父母的出资属于借贷还是赠与。如果属于赠与，那么赠与的是房产还是金钱？这个问题是有争议的。我对于《婚姻法解释二》的规定的理解有些不同。在认定是借贷还是赠与时，要把握两个方面，第一是要考察当事人的意思表示，第二是加大出借方的举证责任，即父母如果认为是借贷，则应提供充分的证据来证明。如果认定为赠与，赠与的到底是房产还是资金？一般来说，在父母出全资的情况下，法院认定赠与的是房产。其实，我个人认为，认定为赠与与资金比较合适。在购房合同是子女签订的情形下，应认定赠与与资金较为妥当。

第二个问题是个人财产婚后收益的问题。这涉及到对于《婚姻法解释三》第5条和《婚姻法解释二》第11条的理解和适用，即如何认定和看待投资性收益的问题。在司法实务当中，法院一般都不考察当事人是消极或积极，只要收益是基于双方共同投入，则应将收益视为双方共同财产。当然，这一投入不一定是直接的投入，还可以是间接投入。

第三个问题，也是最困扰我的问题，即夫妻共同债务的认定和处理。对此同案不同判的现象非常明显。当中涉及到对于夫妻债务的判断，应该依据资金的用途还是依据借贷的时间来判断呢？这涉及到婚姻法第41条的规定和《婚姻法解释二》第24条的理解和适用。我们认为，对于这个问题的解决应该区分借贷关系中的夫妻内部关系和外部关系来处理。如果涉及到夫妻内部关系的问题，婚姻法第41条规定得很清楚，即依据用途是否双方的合意、财产是否用于家庭共同生活来进行判断。这不会有太大的问题。现在最主要的问题是债权人起诉作为债务人的离婚夫妻。《婚姻法解释二》第24条是依据时间来规定的，但是如果仅仅依据本条来判断，配偶的权利可能得不到保护。虽然《婚姻法解释二》第24条有但书的规定，但是但书当中的两种证明都非常难，需要配偶来证明在借贷时债权人明知是个人债务或者是夫妻约定财产的情况。所以在江苏法院，我们都这么来把握，即将此解释扩大一些，如果配偶一方能够证明并非用于共同生活，那么就不符合用于夫妻共同生活这一共同债务的本质特征。我们就结合用途和时间这两个方面来进行判断，这种判断兼顾了对于配偶和债权人利益的保护，但是操作性还是存在一定的问题。很多学者从家事代理的角度来设置这一判断标准，我认为这未尝不可，但是司法解释需要作出相应的修改。由此可见，对于夫妻共同债务的处理非常困难。

第四个问题是配偶赠与与小三财物的处理。对于这种情况，我们一般将其认定为有违公序良俗的行为。但是，在认定过程中也出现一些问题。一是当涉及到房产时，同样产生赠与的是房产还是金钱的问题。因为在通常情况下，配偶赠与小三金钱，购房合同是由小三签订的，这就应考虑是否将房产视为金钱性质的改变、合同由谁签订等，所以在这个问题上也存在争议。二是这种赠与应为全部无效还是部分无效。三是谁有权来主张。赠与人是否可以主张自己侵害了他人的利益因此赠与行为无效？还是应该由配偶来主张？这在实践当中也有一定的困惑。我认为，在赠与涉及房产的情形下，应该区分合同是由谁来签订的。如果签订合同的是小三，那么认定赠与的是金钱更为合理。当然，我们当中存在一些理性的声音，认为小三的利益在某种程度上也应受到保护。当涉及到效力有的时候，我个人认为也应该认定为全部无效。因为不管是可分物还是不可分物，在未分割之前应该视为夫妻共同财产。按照物权法的规定，共有财产在处分的时候必须是共有人的意思表示一致。如果仅有单方的意思表示，应该认定为全部无效。至于谁有权来主张的问题，赠与方的给付基于不法原因，如果配偶来主张，法院应该支持。

第五个问题是关于离婚协议中涉及对子女赠与的处理。在离婚协议中，往往会明确房产归子女所有，但是协议签订以后如果一方拒不办理过户手续，这时候子女就会请求过户。这类的案件非常多。首先，这个协议是赠与

协议，还是夫妻离婚协议？对这个性质需要有一个判断。其次，协议是否可以撤销？最后，子女有没有诉权？关于协议性质问题，我认为应该作为夫妻离婚财产协议来看待。父母将房产给子女可以作为是向第三人履行的合同，这样的协议可以撤销吗？我觉得是不可以撤销的，因为赠与协议都是有对价的，不能因为目的达成就撤销协议，这已经达成了共识。关键问题是子女有没有诉权？有些案件子女要求确权，也有案件子女要求给付，将协议作为债的合同来对待。我认为子女诉权的形成基础还有一些欠缺，因为向第三人履行合同中，第三人没有诉权。这种情况可以选择换一种途径，由协议的当事人来主张履行合同，这样的主张比较合适。此外，在很多情况下还会涉及到违章建筑物的收益。在民事审判中要把握一个标准，要防止通过人民法院民事判决将违法建筑合法化。一般违章建筑物的认定和分割，法院是不予处理的，而是通过行政机关拆除或者补证。还有一种情况，即违章建筑物现在没有齐全的证书，而违章建筑物已经出租出去了，这个收益能不能作为夫妻共同财产予以分割？一般主张为也不能分割。我认为违章建筑的收益应当分割的。

最后一个问题是，对于婚姻关系存续期间继承发生但遗产未实际分割的，在离婚的时候，作为继承人的原夫妻关系当事人一方放弃继承，是否侵犯夫妻共有财产的共有权呢？对这个问题，我们是这样把握的。首先，放弃继承的意思表示是否真实？其次，如果意思表示真实，不影响法定义务的履行，那么这种放弃应当是有效的。以上是我汇报的内容。

最后我个人认为婚姻法的理论应当多丰富实务，因为在实务当中出现了很多问题。理论和实务如何衔接起来将是一个非常好的良性互动。我也希望在婚姻法年会中，会有越来越多的实务者参加。非常感谢！

郭兵副会长：

下面有请云南大学杨晋玲教授演讲，题目是《试论赠与基础丧失规则在我国婚姻法中的设立》。

杨晋玲教授：

主持人、与会专家和各位同仁，大家下午好！我的演讲题目是《试论赠与基础丧失规则在我国婚姻法中的设立》，以《婚姻法司法解释三》第7条第1款为例。《婚姻法司法解释三》出台以后，关于此争议条款只存在界定之上是不够的。因为法院不可能以法律没有规定或规定不明确而拒绝裁判。而在相关夫妻财产归属上，法院必须作出一个明确的司法裁判。只要法院在相关夫妻财产归属的条款上作出明确认定，就不可避免的存在一片叫好或者一片反对的情形。那有没有一种比较好的方式，可以使双方的利益得到均衡？2002年《德国债法现代化法》第313条为我们解决问题提供了一种可能。为什么以婚姻法解释三第7条第款为例呢？我认为这个条款存在着一些不足。我在论文里面列了三点不足。第一，没有反映出姻亲关系的真实特性。第二，不符合中国父母家产传承或对子女为赠与的习惯。第三，忽视了赠与者对子女配偶将来履行赡养责任的预期。实际上人类学家对馈赠行为研究时发现，馈赠连接了3条义务：接受-给予-回馈。这为赠与可以收回提供了一种可能。《德国债法现代化法》第313条关于行为基础障碍的规定里面，分成两种情形。一种是行为基础（自始）欠缺，另一种是行为基础（嗣后）丧失。我论述所涉及的主要是行为基础（或交易基础）嗣后丧失的规则。在适用法律行为基础障碍制度时必须满足两个前提条件：其一，当事人对相关的情形没有作出明确的约定；其二，法律对相关问题也没有作出具体规定。此外，还有几点要求。第一，存在重大情势需要变更。第二，情势变更是合同之外的。第三，当事人对这种情势变更没有预见。第四，不能合理期待当事人作出保持合同关系的要求。情势变更的运用要接受诚实信用原则的审查。相比较其他制度而言，法律行为基础障碍制度的适用不仅有利于在合同中贯彻实质正义的理念，而且相对于法律规定的其他解决方式，它可以为当事人提供一个“柔性”并且灵活的解决方案。在作出解除合同之前，允许当事人对合同进行调整。这一方式运用到婚姻家庭领域，是比较合理的。根据我现有掌握的资料，在德国家庭法里面，因婚姻中的赠与问题而需要运用行为基础（交易基础）丧失规则的情形主要有两种，一种是交易基础丧失后的补偿请求权，另一种是增益补偿中初始财产算入的除外。

在家庭法中为了具体明确运用，我把它界定为赠与基础丧失规则。当事人在赠与后的时候，赠与基础已经不再存在。在不违背诚实信用原则的前提下，可以对已经生效的赠与进行调整或者解除。对于我国婚姻法中设立赠与基础丧失规则，我作了一个可行性的分析。第一，符合我国婚姻法的立法宗旨。婚姻法立法宗旨是在我国《婚姻法》第4条中规定的。这些条款明确表明家庭成员之间要和睦相处。借鉴德国的处理方法可以达到这样的效果。婚姻法司法解释三第7条规定学者已经分析过，它会为家庭不和埋下了伏笔。行为基础丧失规则适用有一个特点，即适合时间为行为基础丧失之时，在婚姻法领域就表现为离婚之际。使用的规则合乎合理期待性，并由法官作出调整或解除的决定。第二，行为基础丧失规则来源于情势变更规则。《合同法》中没有作出专门规定，但是在司法实务中最高法院答复已经有了先例。2009年《合同法司法解释二》对情势变更原则作了规定。那为什么不直接适

用情势变更原则呢？对比《德国债法现代化法》情势变更原则的条款和规定，可以看到它们之间有所不同。行为基础丧失规则不仅可以在合同履行中运用，在基础丧失后还可以适用。但是情势变更原则在合同还没有履行或正在履行之中发生重大情势变更，情势变更要求显失公平。而行为基础丧失规则并没有这样的硬性要求。它的适用范围比情势变更原则的适用范围广、标准更灵活。第三，当事人的约定在法律也没有作出规定的情形时，或婚姻法虽然有明确规定，但所谓的“明确规定”实际上并不明确，所以才会有婚姻法司法解释的出台。最明显的是《婚姻法解释二》第 22 条和《婚姻法解释三》第 7 条前后矛盾。婚姻法解释存在不一致和不确定性问题。婚姻法和司法解释在没有明确规定情形时，其他法律可不可以适用呢？比如《合同法》中的赠与撤销权和法定撤销权。用《物权法》中的规定解决，可以显示财产中的身份性，使婚姻法成为物权法中的一个分支。第四，有利于家庭纠纷的解决。子女结婚时父母为其购房的出资视为对双方的赠与，但在婚姻破裂时，赋予赠与方以“赠与基础丧失”为理由的调整权和解除权，辅之以一定的限制。在限制方面，除通过诚实信用原则来对赠与方行为的进行妥当性审查外，还须对赠与方的解除权设置一定的限制性规定。具体言之，其一，对结婚时间达一定期限的不适用“赠与基础丧失”规则，但受赠人对婚姻破裂有重大过错的除外。在这种情形下，一方面受赠人已对房产的归属有了合理的预期，另一方面其已通过各种形式为家庭作出了贡献，故对其合理的预期和贡献应加以保护。但如果其对婚姻破裂有重大过错，则不应受这种保护。其二，因抚育子女、照料配偶方父母、协助对方工作等付出较多义务的，不适用“赠与基础丧失”规则。这样既有利于“均衡保护婚姻双方及其父母的权益，”也不影响交易安全的维护。谢谢大家！

郭兵副会长：

下面有请大连海事大学裴桦老师上台演讲。

裴桦老师：

各位同仁下午好。我的论文主要针对《婚姻法司法解释三》第 6 条夫妻一方赠与另一方财产的法律适用问题展开。对于这个论文题目的选择，主要是有感于最高人民法院对该司法解释的论证。这一条款的本质是一方将房产赠与另一方后，在离婚时是适用约定财产制还是合同法的赠与条款。最终最高人民法院选择了用赠与条款进行解决。对于这一解决方案的解释大致有两个理由。一是夫妻一方将个人财产赠与另一方是不能划归到夫妻约定财产制的。按照《婚姻法》第 19 条的规定，夫妻对婚前或婚后财产都可以进行约定，或完全归一方、或归于双方、或部分归一方部分归双方，但不包括一方将财产约定给对方。二是赠与通常发生在亲属或关系比较密切的人之间，同时法律也不排除夫妻间的赠与。这是最高人民法院民事审判庭法官在答记者问时给出的解释。对于这两点，我个人认为还是存在一些问题的。夫妻一方将财产赠与另一方不属于《婚姻法》第 19 条的规定，我认为是法律解释或立法认识问题。全国人大法工委民法研究室在 2001 年《婚姻法》出台后的使用意见中，非常明确地讲到一方将个人财产约定给另一方是属于第 19 条的规定的。对于这一点不同学者、机构有不同的认识。此外，我并不否认夫妻之间的赠与并未排除在赠与条款之外，但夫妻间的赠与是有其它属性的。一般赠与是单务行为，没有对价。但夫妻间的赠与是没有对价的么？我认为并非如此，特别是在婚前一方追求另一方时，承诺将房产赠与另一方，但由于某种原因婚后并未办理过户，离婚后赠与方撤销赠与。我认为这个时候不能认为赠与没有对价。国外立法在夫妻赠与方面是有明确规定的，如果在相关部分没有规定才适用一般赠与条款，而不是认为夫妻间赠与和普通赠与完全相同。所以，我认为最高人民法院的两个解释理由还是有考虑余地的。烟台大学范李瑛教授在 2004 年《夫妻财产约定的性质及法律适用》一文中提出，如何选择解决方案应看适用结果是否能够更好地解决问题。我认为用这一理由支持赠与制度更有说服力。采用约定财产制解决，一旦双方合同签好赠与人便没有任何主动权。在对方为不诚信受赠人，损害婚姻或己方利益时，赠与人是没有任何办法的。如果适用赠与条款，就有两个方法进行救济。一是物权转移前可以适用任意撤销权，二是物权转以后可以适用《合同法》第 192 条的法定撤销权。这两种解决途径都能对赠与人进行很好的保护，防范心怀不轨的受赠人。这两个理由的确很有说服力，但我个人认为这个解释也有其致命的弱点。虽然很好的保护了赠与人的利益，但并不能保护受赠人的利益。我们不可否认恶意受赠人，但如果是赠与人移情别恋，在离婚时要求撤销赠与应如何解决？一般赠与与合同特殊保护赠与人是因为其为单务行为，没有对价。但夫妻间的赠与特别是婚前赠与是不可能没有对价的。这个问题我特别赞成许莉教授的目的性赠与合同观点。

综上所述，夫妻约定财产制或合同的赠与条款均有利益。约定财产制可以很好地保护受赠人，赠与条款则可以很好地保护赠与人。如何平衡两者利益，我在给学生上课时说，不如交给法官自由裁量，看是哪一方不诚信，并且均有法律适用依据。但在最高人民法院出台司法解释后，我们必须面对这个问题。在未来立法中，可以将夫妻财产制的赠与问题专门规定，限制赠与人的撤销权，即夫妻间赠与属于目的性赠与，目的达到之后则不能撤销。若婚姻法没有相应规定可以适用一般赠与，受赠方不诚信可以用法定撤销权解决。最高人民法院的解释中将一方

财产约定给另一方不能使用约定财产制，我认为，在现有法律框架下，这还是有待研究的。我在论文中写到约定财产制有两种，一种是有严格限制的选择约定财产制，即一方把财产约定给另一方，则不能划归到约定财产制中；另一种是自有财产制，则可以容纳赠与问题。我认为我国采用的是自有财产制而非选择财产制，因为我国的赠与从立法技术层面来讲，是围绕着法定财产制的，只有在和法定财产制不同时才是约定财产制。这可能和很多学者的观点不同。总而言之，我国在现有情形下采用约定财产制限制赠与方的撤销权；对于如何弥补约定财产制的不足，我认为有两种方法。一是离婚后另一方的帮助力度，二是如果对方有更严重的不诚信行为，可以采用损害赔偿的方式进行制裁。谢谢大家。

郭兵副会长：

有请吉林大学李洪祥教授演讲，题目是：《夫妻财产推定规则的伦理分析》。

李洪祥教授：

各位同仁，大家好。这个题目实际上是张学军教授给我的一个命题，是以《婚姻法解释三》第7条为视角来展开分析。但是我原来的文章是从其它的视角来作出伦理分析。所以，今天我想把我原来的文章（该文章没有公开发表过）的主要观点和大家分享。

民法的财产规则（或者称市场法的财产规则）与亲属法（或者称身份法的财产规则）的伦理基础是不相同的。财产法的财产规则（或者称市场法的财产规则）最大的特点是利己性。但是同时，我们应该注意到这种利己性得到利他性或者互利性来补正。这是属于市场法的特征。那么，身份法中的财产规则最大的特点应该是利他性，但是这其中又不能是完全利他的。这里应该是需要用利己性和互利性来对其进行补正。为什么这里会有补正的问题？因为它的伦理基础在本质上是利他的。众所周知，无论是婚姻还是家庭，它的组成人员都是独立的主体。既然是独立的主体，那么他必然会具有自立的一面或者具有互利的一面，因此需要用利己和利他来补正。通过这样一个伦理基础的分析，我们可以进一步观察到：实际上无论是市场法的财产规则还是亲属法的财产规则，其中都会有一个共同的地方或者都有一个重合的地方。这个重合点就是利己性和互利性。所以，实际上在现行《婚姻法》当中，也不排除有市场财产法的因素，比如：夫妻约定财产制（这一块就不展开来一一详述）。既然如此，我们可以得出以下三个结论。

第一个结论是，促进夫妻或者男女双方的平等，实现夫妻公平的需要。男女平等这个问题，实际上在财产和亲属方面是反映比较突出的。如果两性趋于实质的平等或者是进一步的平等，那么我们的财产制就更应该趋向于分别财产制。如果还存在不平等，则可能在财产制这个问题上就更应该趋向于共同财产制。而根据我国现实的两性关系的状况来分析，我们可以看到男女双方还没有实现完全平等，因此实行共同财产制还应该是当今必然的选择。

第二点是尊重当事人的意思自治，发挥家庭的职能作用。在这一个大的法律框架下，这个问题是值得我们关注的。意思自治在很大程度上体现的是市场财产法的规则（伦理），而家庭职能的发挥可能更倾向于体现身份财产法的伦理。那么，怎么样可以更好地把两者结合起来？现在似乎有一种苗头，即用整体主义的理念（理念）来反对个体主义的保护。我觉得，在这个问题上存在如何平衡的问题。实际上《最高人民法院关于〈婚姻法〉解释三》在很大程度上可能是考虑到这种平衡的问题。这是我的第二个结论。

第三个结论是，针对于司法解释，亲属法的财产规则的司法解释必须得服从于亲属法财产规则的限制，或者它的解释规则应该受到亲属法财产规则的限制。

以上是我的主要观点。谢谢大家。

郭兵副会长：

有请厦门大学何丽新教授上台演讲，题目是：《婚姻关系适用合理信赖保护之思考》。

何丽新教授：

各位同仁大家好。我今天发言的内容在论文集的第229页到234页，主题是《婚姻关系适用合理信赖保护之思考》。文章强调的是思考，我希望可以借此抛砖引玉。由于思考还不够成熟，就不能像裴老师和李老师那样脱稿，

说明自己的思考过程还在进行当中，同时希望自己的思考可以引起在座学者的共鸣。我的思考结论由于时间关系，总结为以下六个结论。

第一个结论，民法中的合理信赖保护原则适用于婚姻法中有其存在的基础。理由有二。一个理由是，我认为婚姻是一种特殊对待关系，婚姻当事人将自己的利益和前途寄托在将来相互之间的共同配合与协作上。所以我认为一切以将来的共同交换关系为基础的都是契约关系。婚姻关系具有合同关系的性质，而合理信赖保护的基础就是围绕合约关系来进行的。这就是我想阐释的第一个理由。第二个理由是，我认为，信赖关系是围绕着合同而展开的动态法律关系，那么婚姻关系是在感情、经济和性等等方面形成的相互信赖的生活共同体。所以，在这个方面，婚姻双方当事人之间会存在善意的信赖。信赖关系就会形成信赖行为，即我将来和我的爱人共同生活一辈子，我会有很多的情感投资和财产投资。信赖投资往往产生信赖利益，所以这是婚姻法产生民法上的合理信赖保护的基础。这是我的第二个论点。

第二个结论，以吉林大学马新元教授等为首的学者都认为，民法学界所认同的合理信赖保护是以损失来界定的。也就是说，解除婚姻关系时依据赔偿方式来界定消极保护。我个人认为，在婚姻法界适用信赖保护应该存在积极保护和消极保护两个方面，即我在想结婚之前，就存在一个信赖利益可以保护的过程。

第三个结论，积极保护的主要体现就是通过结婚，当事人要取得婚姻财产权，这个婚姻财产权不同于夫妻财产制。我在文章中称它为“集合的抽象概念”，是指所有夫妻共同生活，哪怕是分别财产制状态下的夫妻，只要是为了运行夫妻共同生活中所具备的财产都应该列入到此处所称的婚姻财产权当中。也即当事人结婚以后必然会体现婚姻当事人之间的一种经济、身份地位。这种身份地位就是满足婚姻当事人通过结婚这种形式在婚姻共同生活上的利益共享机制。

第四个结论，婚姻财产权的建构有利于婚姻内部凝聚力的增强；满足婚姻生活共同体的整个日常生活的需求；有利于强化夫妻财产的对外责任；完善我国夫妻财产制在整个建构中的管理制度。

第五个结论，从消极保护方面来谈合理信赖的消极保护，我得出两个结论。一方面是可以用于离婚的经济赔偿。利用合理信赖保护原则来阐释离婚损害赔偿制度可以达到的几个方面的目的。突出我国婚姻法项下的离婚损害赔偿制度的法定情形，凡是违反婚姻义务的过错均应该纳入到合理信赖利益保护的损害赔偿范围之内。同时，信赖利益的损失除了财产损失之外，还包括时间的损失和人生规划损失。因为每个人都有来到人世间的一辈子，夫妻双方生活几年到离婚，如果是因为一方的过错导致婚姻关系的解除，另一方的整个人生规划受到毁灭性的改变。所以离婚损害赔偿应该包括人生规划和因离婚导致的损害赔偿的机制。从合理信赖利益的保护这个原则出发进行解释，可以使离婚损害赔偿制度补充到精神损害赔偿之列。

第六个结论，离婚家事补偿制度也是合理信赖利益保护的消极保护之列。它是基于婚姻的合理信赖，在婚姻关系存续期间，承担超出其法定负担家事的一方，有权在离婚时请求从该方贡献中获得利益的另一方给予适当的补偿。这种补偿就是基于合理信赖的一种结束，它不仅是合理信赖保护的消极方式，也是一种离婚救济方式。谢谢大家。

郭兵副会长：

下面有请最高法院吴晓芳法官发言。

吴晓芳法官：

《婚姻法司法解释三》是于 2011 年开始实施的，到现在实施了两年多，我也看了很多学者的文章，听了很多学者的讲话。之所以有不同的看法，主要是基于不同的思考角度，这是非常正常的，我始终认为只有一个声音才是可怕的，但是很多争论点在于对条文的理解的不同。条文数字有限，不可能概括所有的情况，只能涵盖一般情况，这就要求法官依据案件事实根据公平原则进行裁判。鉴于时间问题，我针对争议较大的问题说一下自己的看法。

有学者认为《婚姻法司法解释三》第 7 条与《婚姻法司法解释二》第 22 条是矛盾的。但是《婚姻法司法解释二》第 22 条是完全根据婚姻法进行解释的，分为两种情况：婚前父母给子女买房，这个出资视为对自己子女一方的赠与，当然另有约定的除外；婚后父母给子女买房，出资一般视为对双方的赠与。《婚姻法司法解释二》是在 2002 年出台的，但是 2003 年以后房价急剧上涨，特别是在北京有的达到一平米 10 万元，这种情况下，如果一

方父母出全资为子女买房，需要强调的是，购房款可能是父母一辈子的积蓄，在这种情况下如果仍然依据《婚姻法司法解释二》，就可能出现极端不公平的情况，尤其是在闪婚闪离这样的情况下。另外，也有可能是双方父母都出资买房，在这种情况下，如果登记在双方名下或者有约定，这时不会发生争议，但是如果只登记在一方名下，此时房子应该归谁？我国现行婚姻法没有规定，它不同于1981年婚姻法列举出哪些属于共同财产或个人财产，因此当时出台司法解释的时候我们就没有考虑那么多法理基础，主要是基于公平原则作出的规定。针对这种情况，我在香港参加国际法官论坛的时候曾经问欧美国家的法官，他们说，在他们国家不存在这种情况，父母没有义务给子女买房，他们自己买房，自己的钱要用于养老和旅游。因此，我们基于我国这种特殊的国情，出于公平考虑，没有太多理论支撑，比如说，双方父母都有出资但没有约定，一方出资80万，一方出资20万，这种情况根据物权法只能是按份共有。第七条第一款出全资为子女买房，父母可能因此透支退休金，如果离婚的时候分一半给另一方，我想在座各位没有一个愿意这样做。我觉得2001年婚姻法根本就没有考虑到这种情况。我给大家解释一下第七条，第七条一开始就认为是出全款，并且我们也在《人民司法》上发表了文章，将一方父母出全资为子女买房并登记在自己子女的这种情况视为该房产为父母对自己子女的赠与，《婚姻法司法解释三》第七条就是将《婚姻法司法解释二》第22条中的情况加以分离，两者并不矛盾。针对部分出资怎么处理还没有规定，但是我们比较倾向于杨晓林律师的观点，就是父母出首付，婚后夫妻双方共同还贷，并且登记在父母出资的子女一人名下，这种情况下房产视为共同财产，房产增值部分是双方房产的增值，但是父母出资的部分视为对自己子女一方的赠与，这样在离婚的时候，父母出资的一方可以多分，如果这个案件中还有其他情况，法官可以酌情裁量，但是只有一个标准，即尽量公平。

刚才说到约定与赠与的问题。我非常赞同裴桦老师的观点，就是我们国家的夫妻约定财产制是一种非常自由的、没有限制的财产制，除不考虑行为能力、主体等因素外，可以约定分别所有、部分共有或者全部共有，但不限于这三种情况。我是这样认为的，夫妻一方婚前或者婚后约定将房产赠与另一方，这既是一种赠与，也可以是一种约定，根据婚姻法19条的规定，这种约定对双方都有拘束力，我觉得主要是怎么理解这个“拘束力”。比如说，夫妻双方约定，如果双方结婚，一方送给另一方一个大钻戒或者裘皮大衣，针对这种动产，一旦交付就发生物权变动，这个时候就不能任意撤销，除非符合法定撤销权的情形。针对不动产，根据物权法的规定，不动产物权的变动要登记，如果不登记，一方要承担不登记的后果，离婚的时候各说各理，一方坚持继续履行，一方主张撤销，这种情况下我认为这是一种约定，但是这个约定的拘束力怎么理解，我认为动产就是交付，不动产就要履行登记的法定程序，并不能因为你们是夫妻关系就除外，这是我的观点。

针对对价关系。裴桦老师认为夫妻之间的赠与与一般的赠与没有什么区别，就是对价，那我想问，这个对价是什么？不能说离婚的时候一方把房子给另一方，另一方就得到了对价。另一方付出的是什么？我觉得这是涉及婚姻家庭理念的问题。因为我国的婚姻法是比较注重保护妇女的权益，在外国很多是实行分别财产制的，而我国实行的是共同财产制，对妇女权益的保护是比较彻底的。如果你认为一方通过婚姻拿到房子才觉得公平，我不这样认为，因为这涉及理念问题，我始终认为任何人不应该利用婚姻或者感情获取利益，要自己动手自己争取。什么叫对价？难道青春是对价？我觉得男方的青春也是对价。这个是涉及价值理念的问题。

孳息的问题。针对这个问题的争论，我觉得主要因为是理解问题。因为我国的法律对孳息的概念没有规定，对自然增值也没有作出解释。那么我说一下当时规定的初衷：个人财产婚后的收益除了孳息和自然增值外为夫妻共有，我不知道学者们为什么还反对，因为这已经限制的够严格了，基本上都属于共同财产，因为婚姻法规定的生产经营的收益和《婚姻法司法解释二》规定的投资性收益属于共同财产的范围，现在《婚姻法司法解释三》规定了孳息和自然增值以外的其他收益都是共同财产，并且我们认为应该对孳息作限缩性解释，不能作扩大解释，自然孳息不用解释。现在多将房租作为法定孳息，比如夫妻一方的房产出租来收取租金，我们认为房租和银行利息是不一样的，因为房产出租人要承担一定的义务。所以我们一向主张将个人财产婚后出租的租金作为经营性收益。比如说，一方婚前有一果园，婚后双方共同经营，所产生的果实应该也是经营性收益。在法国民法典的规定中，它是属于人工孳息。其实现在规定的孳息的范围十分狭窄，主要是银行存款或者原有债权，另外，自然增值也属于个人财产。所以，现有规定对个人财产的限制很严格。很多学者认为应该通过考虑收益中另一方的付出来区分是否属于个人财产，但我认为用是否付出来区分并不利于保护婚后权利，因为婚后一方进行经营时，另一方实际上也有间接的贡献。还有一个争议很大的问题。在一些情况下，夫妻一方擅自将共同财产出卖，第三人按物权法106条取得所有权，对夫妻另一方进行赔偿，对此有很多学者反对，认为家庭唯一居住的房屋应该除外。对于这个问题，各方争议很大。很多人提出家庭唯一住房需要保护。这个观点存在缺陷。第一，存在这样的情况，即购房者恰是另一对夫妻，办理了产权过户并且搬入居住了，对购房夫妻而言，这也是唯一住房，那应该保护谁？第二，目前的纠纷很多是由于房价上涨后，出卖夫妻反悔，想以此为理由取回房产；第三，家庭唯一房产应该如何界定，比如夫妻唯一住房是一套大别墅，出卖了之后仍然可以换一套小住房，也不影响生活。所以，我认为这是一个价值理念的问题，还可以再讨论。

接下来讲债务问题,《婚姻法解释二》24条出台的一个前提是因为出现了夫妻故意逃债,例如通过离婚协议使所有财产归夫妻一方,另一方借此逃避债务,24条的出台就是为了保护债权人的利益。它规定,债权人起诉,除了债务人夫妻之间实行夫妻分离财产制或已向债权人说明债务为个人债务两种情况之外,都推定为共同债务。但24条出台之后,近些年出现了很多造债和串通的情况,使得对夫妻另一方特别不利。前不久,长沙有一个案件,离婚后债权人起诉称男方在婚姻关系存续期间向其借债9亿,要求女方承担,在这个案件中,按照第24条的规定办就会产生问题。因此,《婚姻法解释三》当时打算解决这样的问题,但最后并没有实现。我觉得学者们可以讨论这个问题,即如何在债权人和夫妻未举债一方之间平衡利益。现在我们形成共识的观点:第一,这里存在三种关系,债权人起诉是一种外部关系,作为夫妻双方,对外应该承担责任,这就是24条的精神;在离婚案件中,则是一种对内关系,由《婚姻法》41条调整,离婚时原为夫妻共同生活所负债务是共同债务;另外,《婚姻法解释二》中还规定了追索关系。其实《婚姻法解释二》第24条是有基础的,根据《婚姻法》第19条规定,债务人告知债权人其夫妻间实行夫妻分别财产制时,才仅以个人财产承担债务,因此,在没有告知债权人的情况下,即使夫妻之间实行分别财产制,也要承担共同责任,这就是24条的根据。但是24条的规定有一定的偏离和极端,所以目前我们正在考虑是否在民间借贷的司法解释中解决这一问题。现在上海高院有一个意见,在24条的前提下,只要未举债的一方能够证明所借债务没有用于夫妻共同生活或者不是出于夫妻共同举债合意,则应该认定为夫妻一方的个人债务;另外浙江高院还有一个意见,从日常生活需要的角度对债务进行区别,即一方在外借债,若是出于日常生活所借之债按照夫妻共同债务处理,若是超越了日常生活需要之债,则举债人需要证明所借债务用于夫妻共同生活或出于双方共同合意;这些观点我认为都很有借鉴意义,解决的办法仍需要大家讨论研究。我之前看到一篇文章,认为债权人负有注意义务,债权人对风险的控制能力强于夫妻未举债一方,根据债的相对性原理,举债人首先对债务负责,若债权人还想要夫妻另一方负责,则需要证明债务被用于夫妻共同生活或是夫妻出于举债的共同合意,我认为这个观点很有道理,但在讨论的时候,许多人持反对意见,认为不利于保护债权人。这个问题目前仍需要大家讨论。

郭兵副会长:

发言人都讲完了,现在有请马老师、徐老师点评。

马忆南教授:

谢谢主持人,各位同仁下午好。我和吴晓芳法官在《婚姻法解释三》实施一周年时,曾经在人民大学有过交锋,所以我今天把这个任务交给许莉教授,我来点评夏正芳庭长、李洪祥教授和何丽新教授的发言。先说夏正芳庭长的报告,我觉得这个报告和精辟地总结了当前婚姻家庭财产纠纷案件的特点和难点,也做了深入浅出的分析。对于其中江苏省法院对相关案件的处理方法,我比较认同。举个例子,关于《婚姻法解释三》第7条,他们在实践当中认为要求出全资,这和吴晓芳法官刚才所讲的最高院的态度是一致的,我非常赞赏。关于个人财产婚后收益的处理,夏庭长谈到了双方的投入问题,即双方的投入不能简单化认定,不能仅以直接的投入作为认定标准,夫妻一方在家从事家务劳动也是一种投入。我认为这是提出了一个问题,因为在《婚姻法解释三》第5条的解释上,对于适用物权法的原理还是采用贡献说、投入说一直存在争议,如果抛弃物权法的原理采用贡献说,则又会陷入另一个问题,即贡献或者投入既有直接投入也有间接投入,这使得对投入的评估会陷入困难。我觉得在这个问题上法官们通过案例创设规则的空间还很大。对于夏庭长提出的这个问题,我觉得仍然需要讨论。还有一个问题,是关于配偶一方赠与与小三财物的

还有一个问题是赠与与小三财物的处理,这个问题争议非常大。夏庭长对这个问题处理的结论是不正当关系违反了公序良俗,损害了社会公共利益,不受法律保护,认为赠与应该全部无效。我个人认为这样的结论太过于笼统、轻率。我的想法是:这类赠与行为是否都违反公序良俗原则?我觉得可以进行类型化区分。法官可以针对不同案件作出个案分析,得出不同的处理结果。而不能一概认定违反公序良俗都是无效的。有一个典型的案例就是四川泸州遗赠案,丈夫通过遗嘱的方式将遗产遗嘱给二奶。法官以遗嘱违反公序良俗为由,认定遗嘱无效。但是如果按照德国法上的解释,对案件就要进行一个细分。这种赠与是否违反公序良俗?是否只要有这种不正当性关系,就一概违反公序良俗?可能不一定。这种赠与是为了维持不正当性关系,作为一种购买性服务的对价,就是违反公序良俗。如果这种赠与是为了维护受赠与人的基本生活,而不是对她进行一种报答。是对受赠与人基本生活给予的一种保障,这就和公序良俗没有关系了。

何丽新教授在报告中提出了婚姻信赖利益保护的视角,即婚姻关系适用合理信赖利益保护原则,对于我们认识婚姻的特殊伦理性质是非常有帮助的。但是,我不太赞同她对离婚损害后果的概括。她认为信赖利益损失包括

财产损失、机会损失、直接损失、精神损害等等。这样的概括范围太宽了。我认为离婚造成损害一定有过错存在和损害后果发生。而且离婚损害赔偿产生的根据一定和造成的损害是成比例的，这应当遵循一种适度原则。我们在考虑对离婚损害赔偿扩大适用范围的时候，要考虑正当性基础，还要考虑惩罚和违法行为之间要适度。对此，我们有没有更好的可替代性方法。比如，将家务劳动补偿制度作为一种替代性方法解决离婚后当事人生活水平下降的补偿，这是一种更好的思路。

李洪祥教授的《夫妻财产推定规则的伦理分析》是一篇纯理论的文章，他从价值论上提出夫妻财产推定规则应当遵循的基本理念和精神。考虑现行婚姻法作为一种指导式立法，同时要坚持公平原则，以促进夫妻双方利益平衡和保护作为出发点。他提出要尊重当事人的意思自治和维护家庭职能的发挥，这些伦理规则是非常有效的，对于夫妻财产规则推定是一种指导思想。我非常赞同这一点。谢谢！

许莉教授：

大家下午好！我对三个老师的发言作一个回应。我先讲前面2位老师的论文。实际上这2篇文章针对的是《婚姻法司法解释三》的第6条和第7条，共性是婚姻当中无偿取得财产的定性和处理问题。杨老师的文章主要讲到父母赠与房产的归属。她认为第7条存在一些争议，以登记来作为父母赠与子女的意思表示的做法是不妥当的。我也认同这一点。登记在夫妻财产制度当中作为当事人意思表示是否妥当？解决这个问题要顾及父母赠与子女问题。其实，父母赠与子女和夫妻之间赠与都不是一种单纯的赠与。赠与人是为了基于接受将来的回馈，如果打破了这个链条，使当事人的期待落空，对双方都是一种伤害。第7条的负面影响很明显，它对姻亲关系的破坏是非常具有杀伤力的。以登记来确权对以前的人有影响，对将来以登记来确权的人更有影响。她认为婚后父母对子女房屋的出资，视为对双方的赠与。她给了一个解决路径和全新视角，就是民事法律行为基础丧失问题，在法律行为基础丧失的前提下，可以允许当事人撤销这个行为。用这样一种理论加以解释并予以论证。德国法中以婚姻为条件的给付行为，不属于夫妻赠与行为。夫妻之间的赠与，在德国法认定是非常严格的。对于以婚姻为目的的给付为条件，允许给付人在一定条件下可以撤销。在认定为赠与之后，如何保护父母的利益呢？可以用这个结论来解决。一定条件下的撤销权，不是一般法律意义上的撤销权，而是基于诚实信用原则派生出来的理论。通过法官的自由裁量来认定可不可以撤销，对法官有相当大的挑战性。它的操作性怎么样，虽然难度大了一点，却是一个很好的思路。同时也顾及了如果婚姻关系破裂了就予以撤销，这对受赠人是很不利的。换句话说，婚姻关系存续期间财产是共有的，而婚姻关系撤销财产就返还回去了。又提到了一个限制，比如婚姻存续期间的转化问题和当事人的过错。所以这样一个基本思路，我觉得是非常有启示的。

裴桦老师的基本思路是首先界定约定夫妻财产制是选择式，还是独创式？她的结论是独创式。独创式是把一方财产约定给另一方就视为夫妻财产约定。这样一种约定具有约束力，不能适用合同法任意撤销权。这是裴桦老师的基本观点。吴法官也提到了这一点，我认为有法理上的认识。为什么在婚姻法学界区分夫妻之间关于财产约定是共有或对方所有？为什么区分是赠与行为，还是夫妻财产约定？这两种行为都是财产约定，都具有拘束力，但是拘束力却是不一样的。作为赠与行为的拘束效力，是债的效力，只产生一个债权请求权，所以有合同上的任意撤销权。如果作为夫妻财产制度的选择，我选择改变法定夫妻财产制，这实际上财产归属的变动。夫妻财产制度的规定是直接变动，财产关系不需要再履行物权变动形式，也就是说动产不需要交付，不动产不需要变更登记，在当事人内部产生物权变动的效力。所以如果按照19条的规定，约定共有和约定一方财产归另一方所有，拘束力是共有和对方所有，不需要变更登记。只是相对于第三人时候，有一个对抗效力而已。如果把它视为赠与，就是一个合同撤销权，这是我们最大的分歧。裴桦老师没有问一句，既然把约定另一方看成赠与，如何理解房子婚后共有，这属不属于赠与？这一条法院很难解释。如果约定成共有，我们还认为有没有夫妻财产约定？这个问题时间关系，会后可以讨论。最后，我想就吴法官的发言谈谈想法。她透露了这样一些信息。第一，最高人民法院和地方法院法官和学界关注的不太一样，法官关注的是最明显、最直接的问题，追求案件私了。而学界研究重视法理性和逻辑性，侧重点不一样。第二，沟通不够。比如有些条文理解不一样，学界拿出来讨论、提出意见，其实条文并不是这样说的。我不排除学术界有很多问题，不了解司法实务部门的具体操作。但是有些问题，最高院也有一定的责任。比如像第7条的部分出资和全部出资这样的问题，第7条的规定本来没有歧义的，但是最高法院出版了一本书之后，告诉我们出资可以理解为部分出资，也可以理解为全部出资。这样一来，我们怎么对学生解释？上海法院一直认为是全资的，而北京判过一个案件是适用的部分出资。这样我也很困惑，这是人为造成歧义。不过，通过沟通大家就能够明白了。至于它合适不适合，这是另外一个问题了。最后，最高法院有很多自己的用语，比如夏庭长刚说的“道赔”和吴法官刚才解释的“孳息”，这些有很大的争议。在民法上，孳息是一个固定的概念，它的范围是非常大的。老师按照正常的民法原理给学生讲授，但是司法解释却和民法上的意思出现了偏差，所以加强沟通确实是非常重要的。还有关于“自然增值”，解释当中不加没有什么疑问，加了以后反而有很多问题。因为我们国家是有权利取得才会有共有，因此共有是权利，而不是增值部分。因此，在婚前财产产权没有变动的

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报——分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得
前提下，根本没有纳入分配范围的考虑。而自然增值的提法会增加大家关于主动与被动的困惑。因此，为了减少理解上的偏差，加强沟通很重要。谢谢大家。

金眉：

我是中国政法大学的金眉，非常感谢有这么好的机会能够发言。刚才我们讲的是很具体、细致的条款规定，那是不是可以上升一下，考虑略微抽象的东西。

首先，香港的法官和国外的法官在司法实践中根本不会考虑到上述问题，究其原因，是中国人的婚姻生活原理和西方人有所不同。中国人充分重视每年的清明节祭祖，说明中国的家族社会在现在虽然是没有了，但实际上民众对于对上继承、对下传承的作用有着充分的认识和尊重。所以，中国人的幸福是体现在对生命的传承之中的。但是佛教、西方的基督教都是否定家族的，西方人是在未来的天堂里和神取得最终的幸福，和中国人的终极幸福有很大的不同。在中国，每一位父母在出资的时候并不是在为自己考虑，而是为子孙后代忧虑。所以不管是立法还是司法解释都要尊重这一民情。

另外，我们看西方都是纯粹的个人主义立法，机械观认为人和人之间是没有联系、独立存在的。而我们每一个中国人都是生活在关系当中，幸福是在关系当中体现的。所以我们的思维和西方人的思维是不同的，我们的思维是辩证的思维，不像西方人那么黑白分明。我想举所有权为例：我国古代的所有权是根据身份的变化在变动的，但是在今天，我们接受了西方所有权思想以后，所有权就是固定不变的。这个会影响到我们的立法态度，所以我们的立法和司法解释都要充分尊重民情，谢谢！

罗敏：

大家好，我是北京岳成律师事务所的律师，我今天有一个问题想请教一下吴法官。关于夫妻债务用于共同生活这个问题，在实践中是很难区分的。比如一方开了一家公司，这个公司之前盈利，之后亏损欠了很多钱。离婚的时候这个债务算是夫妻债务还是个人债务，我觉得是得很难界定的，而且在实践中很多人会利用公司伪造债务。那么在司法实践中如何认定用于夫妻共同生活？

吴晓芳法官：

在 1993 年的司法解释里面有对于属于个人债务内容的专门界定。因为我们国家实行的是共同财产制，你刚说的这种收入属于生产经营，是以收益作为共同财产。如果公司的收益用以家庭生活，在出现亏损的情况下，债务就应该是共同承担的；如果没有用于家庭生活，债务就不是共同的。婚前一方出资建立的公司，婚后亏损了，离婚以后债务是否由对方承担就涉及到理念的问题。在提倡保护妇女的权益的前提下，离婚的时候现有的财产亏损了就不能再让对方来分担，不然对女性来说负担会很重。总之，如果公司经营所得的收入已经用于家庭生活，这个债务就应该是共同承担，我是这样理解的。

郭兵副会长：

这里面还有一个大家要关注的虚假诉讼问题。虚假诉讼现在很严重，在夫妻财产里的虚假诉讼要引起大家的注意。这个讨论单元的内容还是比较充实的，还有很多人想提问题，但是受到了时间的限制。下面请虞主任继续主持。

文字整理：陈雪仪、欧燕、刘胤宏、陈丹、刘庆国、杨舸帆、朱庆华、张亚娇
本文稿未经演讲者审核。

不动产登记改革需要法律支撑

2013 年 11 月 23 日 法制日报声音 乔新生

建立不动产登记信息依法公开查询系统,可以保证不动产交易安全,保护群众合法权益。不过,这项改革牵涉我国物权法、土地管理法、城市房地产管理法等一系列法律,如果不彻底修改现行的法律规范,那么,这项制度很难有效实施

国务院召开常务会议,决定由国土资源部负责指导监督全国土地、房屋、草原、林地、海域等不动产统一登记职责,基本做到登记机构、登记簿册、登记依据和信息平台“四统一”。这是我国不动产登记制度的重大改革,它将改变过去那种分散登记、分散管理、信息混乱、信息不对称的不动产管理现象。

部分房地产业内人士认为,这项改革将会导致部分投资者大量抛售房地产,从而导致房地产市场价格下跌。还有人事无巨细详细罗列了实行不动产登记制度之后将会发生的变化,认为今后官员和富豪、明星的房地产信息可以一览无余,政府出台房地产宏观调控政策将会有准确的信息,我国房地产税的征收有了基础性的依据,房地产行业再也不会出现巨额暴利。

坦率地说,这些期待带有美好的想象。我国是一个身份社会,研究我国问题必须从我国的国情出发,充分考虑到不动产登记可能带来的问题。在我国,副处级以上领导干部早已实行了收入申报制度,但是,这并没有阻止副处级以上领导干部投资房地产的脚步。之所以会出现这种现象,根本原因在于,那些在党政机关担任副处级以上领导干部的公务员一般不会使用自己的身份购买房地产,因此,试图通过不动产登记来解决房地产市场中存在的腐败问题,似乎没那么容易。

当然,实行房地产信息的统一管理的确有利于反腐倡廉。如果官员在全国各地投资房地产,那么,信息统一登记之后,他们的名字就会浮出水面。到那个时候,反腐机关就可以顺藤摸瓜,很快找到党政官员的房产。不过,正如我们所知道的那样,实行房地产信息统一管理,并不意味着房地产信息公开;即使实行房地产信息公开查询制度,除了个别官员可能会感受到压力之外,绝大多数官员都不会愚蠢到将所有的房地产登记在自己的名下。因此,在复杂的身份社会要想试图通过房地产登记来解决腐败问题,多少有些心有余而力不足。

房地产开发商认为实施房地产登记制度之后,商品房的价格会马上下跌。这恐怕是一种美好的想象。正如房地产业界人士所说的那样,拉升房地产市场价格的不是别人而是各级地方政府部门。正是由于土地使用权出让价格不断上涨,才导致房地产市场的价格迅速上涨。如果不解决土地出让中存在的问题,那么,房地产市场价格根本无法回到理性的轨道。

当然,这样说并不意味着笔者反对实行不动产登记制度的改革。不动产统一登记首先可以解决政府各个部门内部存在的腐败问题。实行不动产统一登记制度之后,那些掌握不动产信息的政府机关工作人员,今后就很难上下其手,权钱交易,进行腐败活动,政府各个部门之间形成了一种相互监督的体系。实行不动产统一登记还有助于提高政府的工作效率,今后公民和市场主体可以直接通过统一的不动产登记系统获取信息,政府部门之间相互推诿、互相扯皮的现象可能会大大减少。正如国务院常务会议所说的那样,实行不动产审批、交易和登记信息在有关部门直接依法依规互通共享,有助于消除“信息孤岛”。建立不动产登记信息依法公开查询系统,可以保证不动产交易安全,保护群众合法权益。

不过,这项改革牵涉我国物权法、土地管理法、城市房地产管理法、海岛法、草原法、森林法等一系列法律,如果不彻底修改现行的法律规范,那么,这项制度很难有效实施。即便在现行的法律中增加有关不动产登记的内容,也未必能解决信息的统计、查询统一规范的问题。

所以,应当尽快制定不动产登记法,根据国务院提出的改革方案,尽快对我国现行法律中关于不动产登记的内容进行认真清理,并在此基础上,制定全国土地、房屋、草原、林地、海域等不动产统一登记管理规范。

不动产登记法应当规范不动产登记的目的、不动产登记的性质和效力、不动产登记的程序、不动产登记的权利和义务等内容。今后凡是能够通过政府信息联网获取的信息,不再需要公民申报登记;凡是涉及公民个人隐私的信息,一律不得公开查询;凡是涉及国家利益和公共利益的信息,有权机关可以依照法定程序进行查询。如果不动产登记机关及其工作人员泄露公民个人隐私,那么,依照全国人大常委会的决定,应当追究其刑事责任。除非涉及公共利益,否则,公民不得随意查阅相关信息。因为只有这样,才能最大限度地保护公民的隐私权,也只有这样才能善用不动产登记信息处理身份社会复杂的法律关系。

离婚后知识产权期待利益归属的立法选择

2013年11月23日 中国民商法律网

关键词: 知识产权, 期待利益, 利益平衡, 补偿途径

内容提要: 夫妻离婚后知识产权期待利益归属问题始终是学术界乃至立法关注的焦点之一。虽然“个人财产说”和“共同财产说”在一定程度上具有合理性,但都存质疑之处,因此有必要重新审视现有理论,对制度设计作出新安排。平衡离婚后知识产权期待利益的最佳路径是讨夫妻一方在婚姻存续期间从事家务劳动的价值、其自身丧失职业发展机会的利益损失以及以共同财产转化为夫妻他方个人财产后的财产损失进行补偿。

夫妻关系本质上具有人伦情感因素,故往往存在其内发的伦理秩序,重在维护家庭的稳定与和谐。然而,在市场经济条件下,因导入个人主义及权利本位的思想,强调财产即权利,使得夫妻关系面临着理性的物质算计,从而呈现日趋功利化的现象。不幸的是,在如房产之类的显性财产上,最高人民法院在新婚姻法颁行后所进行的三次释法都在逐次扩大夫妻个人财产范围,实质上是不断朝着摧毁“家产制”这一维持家庭稳定的财产纽带方向迈进,不断朝着将家庭推向货币化、资本化的“合伙投资企业”方向发展[1]。这种做法是否合适,有待商榷。在如家务劳动价值之类的隐性财产上,新婚姻法及其司法解释虽不如对待显性财产那样“赤裸裸”地物质算计,但倒也能体现“同居共财”之传统伦理理念,如夫妻法定共同财产制。应当说,如何将前二者之立场加以协调,确立既防止资本化倾向又保持传统伦理理念的夫妻财产制度,应是我国立法的应然趋势。然而,现行法律对兼具显性和隐性的财产所采取的措施却几乎是空白,且立场模糊。在这方面,最为典型的财产之一是夫妻一方在离婚时

尚未实现的婚姻存续期间所得知识产权的期待利益（以下简称“离婚后知识产权期待利益”），该利益归属问题始终是学术界乃至立法关注的焦点，各种观点不尽相同，见仁见智。本文拟在介绍各种观点的基础上，评析其优缺点，并力图摆脱现有理论的束缚，从另一个角度思考并指出解决离婚后知识产权期待利益问题的新途径。

一、对离婚后知识产权期待利益的归属之辨

知识产权归权利方所有，知识产权的收益从是否已经实现的角度可以分为已经取得的收益、已明确可取得的收益和尚未取得的收益，而该利益归属视当事人有无婚姻关系而有所不同。根据我国现行法律规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的知识产权的收益，归夫妻共同所有。^[2]这是在我国婚姻家庭立法史上第一次明确规定知识产权的归属问题，但这一条文不够明晰，如这里的“收益”是否包含尚未实现的期待利益？对此，司法解释为：“《婚姻法》第17条第3项规定的‘知识产权的收益’，是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益”^[3]，也就是不包含尚未取得的期待利益。至于夫妻离婚时尚未取得的知识产权期待收益的归属，现行法律未予理会，学界争议较大，主要存在两类观点。在这两大观点下，又有不同的立论或见解，使得夫妻离婚后知识产权期待利益归属问题“迷雾重重”。

（一）离婚后知识产权期待利益之“个人财产说”

“个人财产说”认为，虽然婚姻存续期间已经取得或已明确可取得的知识产权收益归夫妻共同所有，但离婚时尚未实现的知识产权期待利益应当归知识产权权利人所有。持此种观点的学者在论述其理由时，立论依据主要有两种：

其一，以期待权与既得权的理论为基点，主张法定财产制（即婚后所得共同制）与既得权（既得利益）相一致，如果将离婚后知识产权所得之利益也纳入法定财产制的范畴则是不合适的。持此立论的学者指出，“‘夫妻共同所有’的只是有形的财产权利，不包括知识产权，所以知识产权仅归知识产权人所有”，“婚姻关系存续期间所创作的作品及其知识产权所得的经济利益是有形财产，其性质和归属问题，应根据期待权（期待利益）与既得权（既得利益）的理论及有关法律规定来解决。在婚姻关系存续期间，夫妻一方就其知识产权尚未与他人订立使用合同，该项知识产权的经济利益只是一种期待利益，知识产权中的获得报酬权也是期待权，该项财产权利不能归夫妻共有”。^[4]因此，离婚后知识产权期待利益的性质和归属概莫能外。

其二，以知识产权的人身权属性为基点，强调知识产权期待利益的专有性。知识产权具有双重属性，作为人身权只能由权利人行使而不能转让，而财产权的行使往往与人身权不能分离，即使将其分割给不享有知识产权的一方，因权利行使上的限制，该方当事人实际上也并不能取得财产利益。^[5]持此立论的学者认为，“一方取得的知识产权，权利本身属于个人所有，依该权利已经取得的经济利益为夫妻共同财产，在婚姻关系存续期间尚未取得的经济利益即预期利益，不属于夫妻共同财产”^[6]，也就是说“离婚时，对配偶一方未取得经济利益的知识产权不能分割，此时的知识产权只是与配偶的身份不可分离的人身权利，作为一种无形财产无法也不能分割”^[7]，其期待利益当归属于权利人。

（二）离婚后知识产权期待利益之“共同财产说”

“共同财产说”认为，离婚后知识产权的期待利益与婚姻关系存续期间知识产权的既得利益具有同质性，都应当属于夫妻共同所有的财产。然持此观点的学者在论述其理由时又有所不同，主要有以下两种立论：

其一，以知识产权在婚姻关系存续期间是否取得为标准，判断其利益是否为夫妻共同所有的财产。有学者认为，“夫妻一方在婚姻期间基于脑力劳动所得无形财产权所生的经济利益，无论是现实经济利益，还是期待经济利益，理应与基于其他劳动所得的有形财产一样，都属于夫妻双方共同所有的财产，才是符合我国婚姻法有关规定精神的”。^[8]也有学者指出，“知识产权的收益是否为夫妻共同财产，就取决于该知识产权是否在婚姻关系存续期间取得。对于在婚姻关系存续期间一方取得知识产权，但其婚姻关系终止后取得收益的，仍应为此方与原配偶的共同财产，因为该知识产权中的财产权是在其婚姻关系存续期间所得”。^[9]

其二，以知识产品创造（或创作，以下统称“创造”）之时是否存在“夫妻协力”为标准，主张夫妻一方如果在婚姻关系存续期间且在“夫妻协力”下创作了知识产品，则该知识产品的财产利益为夫妻共同所有，以后知识产权的收益当然为夫妻共同财产，无论其实现与否。^[10]“因为知识产权创造完成之日，其财产价值就已形成，创造过程中配偶的劳动也因在婚姻期间而凝结在内。至于婚姻存续期间知识产权未转化为收益的，对方取得的只是分割期待权，并非是财产现实权。这种分割期待权不因离婚而剥夺。”^[11]对于知识产权而言，体现对方协力是知识产品被创造之时，而不是知识产权被授予之时，更不是知识产权收益之时。如果说在知识产权法领域和民法财产法领域，判断财产归属看重其权利取得时间，那么，在婚姻法领域，判断财产归属看重的应是创造财产付出劳动的时间。^[12]

值得注意的是，离婚后知识产权期待利益之“共同财产说”无论采取何种立论，都必然面临同一个问题，即分割问题。有学者提出对该期待经济利益宜采取两种分割方法：一是折价补偿，即可参照民法关于不可分物的分割方法，先聘请专业人员对该知识产权的预期利益进行估价，然后将其分给享有人身权的夫妻一方所有，由该方给予对方相应的补偿；二是暂时不予分割，待其今后实际取得经济利益后，再行分割。^[13]有的学者认为，对于知识产权经济利益不宜采用暂不分割，应当在离婚分割财产时采取评估和协商方法予以一次性解决。^[14]

二、对离婚后知识产权期待利益归属争议的源流之考

由上可见，归属争议的焦点集中在对“知识产权的收益”一词的见解上，其根源在于“个人财产说”和“共同财产说”在各自价值判断上有所不同。两大观点及相关见解似乎都言之有理，但本文认为这些观点虽在一定程度上具有合理性，但都存在可质疑之处，且两者没有提出令人信服的解决措施，也没有从根本上解决夫妻财产利益的衡平问题。

（一）对“个人财产说”的剖析与质提

“个人财产说”以知识产权之人身权和财产权的划分理论和婚后所得共同制的立法精神来阐释离婚后知识产权期待利益归权利人个人所有的合理性，其背后的价值理念是激励知识产权创造方的创造积极性，体现了知识产权法与婚姻法这两个法律部门关于知识产权制度的一致性和安定性。虽然“个人财产说”从知识产权的既得权与期待权类型化、知识产权的人身权属性与专有性这两个角度较为合理地阐释了知识产权期待利益于夫妻离婚后归知识产权权利人所有的理由，但这一学说在理论依据、论证逻辑和利益平衡上存在不足。

其一，以期待权理论论证离婚后知识产权期待利益归知识产权权利人所有，其理论依据是有问题的。一般认为，未来权利（future right）有两种类型，一种是未来取得的权利；一种是未来生效的权利，而期待权则仅指前者。对于那些已经存在，只是尚未生效的权利，因其为必然会发生的权利，不是期待权，而是既得权。期待权是权利的一个“先期阶段”，是权利尚未发展成熟的一种表现形式，权利的取得通过期待权予以准备。^[15]因而，期待权具有一定程度的不确定性。知识产权的既得权是确已取得的权利，其期待权是预期可以取得的著作权、商标权、专利权等权利。未来收益的归属仍然取决于行使知识产权的后果，无从谈起什么期待权。

其二，以人身权属性和专有性论证离婚后知识产权期待利益为夫妻一方个人所有，在逻辑上尚不周延。首先，知识产权的人身性和财产性在某些情况下是可以分离的，不能由知识产权的人身权属性推导出离婚后知识产权期待利益的专有性。其次，知识产权的人身性并未影响夫妻一方在婚姻期间所得知识产权取得的经济利益属于夫妻共同财产。^[16]是故，基于婚后所得共同制的立法精神，应当将婚内知识产权所生的利益归为夫妻共同财产，而不是由知识产权的人身权属性和专有性来决定。对于离婚后知识产权期待利益的归属，也不是纯粹由知识产权的人身权属性和专有性来决定，而是取决于知识产权权利人或其受让方是否实现知识产权的财产权利。

其三，由知识产权权利人独享离婚后知识产权的期待利益，从知识产权法对知识产权的界定和婚姻法对婚后所得共同制的规定来看是没有错误的，但在利益平衡上欠公允。如前所述，将婚姻关系存续期间实际取得或者已经明确可以取得的知识产权的财产性收益作为夫妻共同财产，体现了对非创造方的家务劳动价值的承认，是婚后所得共同制之必然。因为婚后所得共同制的立法目的就在于确认夫妻一方家务劳动的价值，其合理性是夫妻一方于婚姻存续期间获得的财产收益中含有另一方在抚育子女、照料老人、支持或协助另一方学习或工作等方面的贡献。然而由于“个人财产说”不将离婚后知识产权期待利益作为夫妻共同财产，则势必会出现此种窘境：配偶一方在婚姻存续期间以家务劳动、夫妻共同财产协助另一方配偶取得知识产权，而在离婚时却由取得知识产权权利人独享期待利益，不对该方配偶予以补偿则是不公平的。“个人财产说”可能已预见解决此问题的复杂性，但囿于现有理论的局限，提不出解决这一问题的途径，实属遗憾。对此，本文认为是可以找到解决问题的突破口的（详见后文分析）。

（二）对“共同财产说”的剖析与质疑

由于“个人财产说”在保护非创造方利益上存在缺陷，才使得“共同财产说”得以提出并具有一定理论“市场”。“共同财产说”在平等保护夫妻财产利益，特别是重视保护从事家务劳动的妇女一方的利益等方面，其价值取向尤为值得肯定，但其致命缺陷是混淆了知识产权、知识产品与知识产权的收益这三个概念，并且曲解了婚后所得共同制的立法精神。

1. “共同财产说”所谓“共有”的法理基础有待商榷

其一，以婚姻关系存续期间取得知识产权就认定知识产权期待利益为共同财产，混淆了知识产权取得时间与财产收益取得时间的差别。即使以婚内所得知识产权的财产权认定为夫妻共同财产，也违背了知识产权的一般原理，同样无法合理解释诸如著作权、专利权取得时间及其利益取得时间存在差别时如何处理的问题。此外，将知识产权中的财产权认定为夫妻共有，则有将财产权强制附加人身权的嫌疑。值得肯定的是，强调知识产权的收益是否为夫妻共同所有取决于取得时间，这一点符合夫妻共同财产制的立法精神。但是，不同种类的知识产权在权利产生时间上是不同的，此点显然未被该立论所注意。例如，夫妻一方若婚内创作的是技术发明，因专利权须经申请、审批方可获得，则离婚后取得的专利权的期待收益不是共同财产；若创作的是文学作品，则著作权于婚内自动取得，其期待收益又是共同财产。

其二，以知识产品创造之时的“夫妻协力”认定为夫妻共有知识产品的经济利益，违背了权利义务相一致原则，削弱了知识产权制度本身的激励功能，混淆了以“夫妻协力”取得一般财产与知识产品之间的区别。实际上，所谓知识产品的经济收益与知识产权的经济收益之间是没有多大差别的。唯一的差别在于“知识产权”与“知识产品”概念的使用上，前者指“权利”，后者指“权利的客体”。那么，该立论为何不直接提“知识产权的经济收益”呢？原因在于该立论注意到了知识产权的取得时间因其种类不同而有所不同，有些知识产权在离婚时还一定不会取得，这样对协助创造的另一方配偶不公，其经济利益（包括期待利益）不应当因离婚而改变，所以才提出了以知识产品创造之时是否存在“夫妻协力”作为判断标准。但是，这种立论有四处值得质疑：首先，既然不强

调知识产权的取得时间，在离婚时没有实际取得或不能预期取得知识产权的情况下，何来知识产权的客体——知识产品呢？其次，有的知识产权可能蕴含着巨大的预期经济收益，若仅凭“夫妻协力”即要求共有预期利益，显然夫妻一方以“协力”作出的贡献与其收益不相匹配。再次，以“夫妻协力”而共有期待利益，不利于知识产权制度本身对创造方的激励功能，同时会对创造方再婚后的婚姻生活造成严重干扰。最后，以“夫妻协力”是否作用于知识产品创造之时来决定夫妻是否共有知识产品的利益，未免太机械化了，没有注意到以“夫妻协力”取得一般财产与知识产品的区别。何况此“夫妻协力”界定不明。如果其是指创造时提供的智力投入，则不应当提“夫妻协力”，而是“夫妻共同创造”。如果“夫妻协力”是指以家务劳动、夫妻共同财产提供的帮助，如前所述，则依此“夫妻协力”取得的知识产品不应当规定为夫妻共同财产，因此其期待利益在离婚后作为夫妻共同财产也失去了依据。如果“夫妻协力”仅指精神支持，因“精力成本”的不确定性和不可估价性，又由于夫妻之间有相互扶助的义务，不宜将精神支持作为特例单独抽象出来再无限扩大化，故以“夫妻协力”主张共有期待利益不具可操作性，且缺乏充分的说服力。

2. 分割离婚后知识产权期待利益存在诸多弊端

如前所述，“共同财产说”无论采取何种立论，都必然面临同一个问题，即分割问题。即使“共同财产说”的理论基础是正确的，但无论是折价分割还是待期待利益实现后再行分割，弊端都很多。首先，离婚时折价分割知识产权期待利益在实务中很难行得通。由于知识产权的审查制度等方面的原因（比如，对实用新型和外观设计专利申请仅采取形式审查），知识产权的权利有不稳定因素，价值也很不确定，折价补偿后可能面临许多问题。比如：离婚时，一项专利经评估价值10万元，享有专利权的一方给另一方折价补偿5万元，但不久，该专利被宣告无效。那么，前述财产分割该如何处理呢？[17]因此，一次性折价分割会导致利益失衡。其次，离婚后“待其今后实际取得经济利益后再行分割”的做法也是行不通的。离婚后知识产权期待利益的实现可能是一个漫长的过程，实现的次数有可能是一次，两次或多次。如存在这样无期限的利益分割机制，势必会导致原夫妻双方走向漫长的争夺之路，也会影响创造方再婚后婚姻关系的稳定，当然也可能存在非创造方的时间成本和维权成本太高的问题。因此，这种分割方法不利于纠纷的及时解决及离婚时夫妻财产权利义务的确定性。

综上所述，以上两大观点在价值取向上都具优势，那么为什么不从根源上对二者加以整合，以平衡离婚时夫妻双方的财产利益呢？

三、解决离婚后知识产权期待归属利益问题的进路之思

在确定离婚后知识产权期待利益归属时，不管是选择单纯的“个人财产说”抑或是“共同财产说”，都不能有效平衡夫妻双方的利益，不能公平地解决纠纷。本文认为，在立法没有对离婚后知识产权期待利益作出明确规定，且夫妻之间又没有对离婚后知识产权期待利益的归属达成一致时，“个人财产说”和“共同财产说”的处理方式都看似有道理而实则不公平。

（一）离婚后知识产权期待利益衡平之模式选择

离婚后知识产权期待利益归属问题的解决，应从利益衡平的角度出发，兼顾婚姻法与知识产权相关法律的规定，既要保护知识产权人的合法利益，也要维护另一方的合法权益，特别是妇女的合法权益，合情合理合法地予以处理。前面已述学界关于离婚时知识产权期待收益归属争议的焦点和根源，为平衡夫妻双方的利益，应当从争议的焦点和根源分别着手，逐一厘清理论误区。这是厘定离婚后知识产权期待利益归属的理论前提。

首先，应当正确界定“知识产权的收益”的含义，这离不开对我国法定夫妻财产制，即婚后所得共同制的立法精神的把握。从理论上讲，婚后所得共同制所强调的“所得”只在于时间，不在于原因或依据。就知识产权而言，其本身的归属问题属于知识产权法的调整范围，不属于婚姻法界定的财产范围，其收益应当属于婚姻法应当界定的财产范围，但不包括所有收益。如前所述，知识产权的收益包括已经取得、已明确可取得的收益和尚未取得的收益。对于已经取得、已明确可取得的收益，现行《婚姻法司法解释（二）》已予确认为夫妻共同财产。根据《婚姻法司法解释（三）》第5条的规定，夫妻一方在婚姻关系存续期间除孳息或自然增值外的个人收益，应被认定为夫妻共同财产。由于知识产权的收益不属于孳息或自然增值的范围，因而婚前取得的知识产权本身虽不为夫妻共同财产，但该知识产权在婚姻关系存续期间实际取得或已经明确可以取得的收益仍为夫妻共同财产。反之，夫妻不得因原婚姻关系存续期间取得知识产权而在离婚以后主张其期待利益。这就是婚后所得共同制的立法精神。因此，将离婚后知识产权期待利益规定为夫妻个人财产，是符合现行婚姻法规定的。

其次，应当整合“个人财产说”和“共同财产说”在价值取向上的优势。关于这两大观点在价值取向上的具体优势，前面已述及，此处不赘述。各自优势的存在为我们提供了寻找最终解决问题的突破口。因此本文认为，在坚持“个人财产说”的前提下，吸纳“共同财产说”的价值取向，是可以采取对策对非知识产权创造方进行补偿的，即采取“个人财产说”下的补偿论是衡平离婚后知识产权期待利益的最佳选择。

（二）离婚后知识产权期待利益衡平之具体路径

在现实生活中，有的夫妻以操持家务以及付出共同财产的方式支持另一方取得知识产权，有的甚至为此影响或丧失了自己完成学业或专业技能培训的机会（以下简称“职业机会利益损失”），而离婚时却得不到补偿，必然会降低该方对婚姻共同生活的预期，造成对她或他的系统剥夺。试问，为什么一定要将一个不具确定性的期待利益作为夫妻共同财产在离婚时予以分割呢？能否换一个角度进行思考呢？例如，我们考虑在离婚时对夫妻一方在

婚姻存续期间从事家务劳动的价值、其自身丧失职业发展机会的利益损失[18]以及共同财产转化为夫妻他方个人财产后的财产损失进行补偿，是不是更具有可行性呢？在婚姻期间没有实际取得知识产权，对贡献方配偶难道就不补偿吗？

1. 完善现行离婚经济补偿制度以充分体现对家务劳动价值的承认

值得注意的是，早在《婚姻法司法解释（二）》出台之前，《1993年离婚财产分割司法解释》第2、15条也规定了知识产权经济利益如何处理，两个司法解释均区分了知识产权“已实现的经济利益”与“尚未实现的经济利益”。就“尚未实现的经济利益”而言，《婚姻法司法解释（二）》第12条的规定明显是一个倒退[19]。本文认为，《1993年离婚财产分割司法解释》第15条的立法例值得肯定，在未来民法典亲属编的制定中可予以借鉴，但不宜单独规定，而应与现行的离婚经济补偿制度进行整合，建立统一的离婚补偿请求权体系。

离婚经济补偿请求权是现行《婚姻法》第40条规定的离婚救济制度。[20]就尚未实现的经济利益而言，实行分别财产制的夫妻一方如果在婚姻期间以家务劳动支持另一方取得知识产权的，则其在离婚时向另一方请求补偿是有法律依据的。但在夫妻共同财产制下，针对现实生活中的夫妻一方为另一方取得知识产权而付出家务劳动的情况，则有必要完善现行的离婚经济补偿制度。

由于夫妻共同财产制本身就已经包含了对家务劳动价值的承认，因此离婚经济补偿制度不适用于夫妻共同财产制是有一定道理的。但也不尽然，还应当考虑婚姻关系存续期间的长短和离婚时有无可分财产这两个因素。本文认为，应当有条件地扩大我国离婚经济补偿制度的适用范围。如果知识产权创造方与家务劳动贡献方的婚姻存续期间较长，离婚时分割夫妻共同财产足以实现补偿家务劳动价值的，则不应在离婚时对贡献方再予以经济补偿；如果知识产权创造方与家务劳动贡献方的婚姻存续期间较短，离婚时分割夫妻共同财产不足以实现补偿家务劳动价值的，则知识产权创造方在离婚时应当从分割共同财产后的个人财产中对贡献方予以经济补偿；如果知识产权创造方尚未取得现实的经济收入，没有财产补偿的，可以在离婚后分期补偿。这样，既实事求是地承认了贡献方从事家务劳动的价值，又考虑了知识产权创造方自身的不同实际情况，才能达到公平合理地实现对贡献方家务劳动价值的经济补偿。[21]

2. 补充立法以补偿家务劳动贡献方丧失职业发展机会的利益损失

平衡离婚时夫妻双方的经济利益以实现实质平等，这一直是世界上不少国家立法所追求的目标。在补偿家务劳动贡献方自身于婚姻存续期间丧失的职业发展机会方面，目前美国和德国的立法已有明确的规定，即通过离婚后一定期限的配偶扶养制度来实现。此种扶养以“恢复”贡献方配偶在婚姻期间削弱的独立谋生能力为目的，故又被称为“恢复”性扶养。[22]美国《统一结婚离婚法》第308条第2款规定，法官在考虑配偶扶养费数额的重要参考因素是：“要求被扶养的一方寻找合适的职业、所需要的教育或培训的必要的时间”[23]。《德国民法典》第1573条第1款规定，离婚配偶一方因失业而享有扶养请求权的，只要其在离婚后不能谋得适当职业，且以此为限，仍可以请求扶养。[24]

从美国和德国的立法例来看，在离婚后，以对贡献方配偶的“恢复”性扶养制度来补偿该方在婚内丧失的自身职业发展的机会利益是有条件的。本文认为，目前我国《婚姻法》对离婚时家务劳动贡献方的“恢复”性扶养制度未予规定，考虑到家务劳动贡献方在婚姻存续期间为支持受助方取得知识产权而延误自身的受教育、培训、受雇的机会或丧失自身的职业发展的机会利益，对于因此而受到的损害，受助方应给予补偿，即应当承担给付“恢复”性扶养费的义务，才能平衡夫妻双方在婚姻期间所得的经济利益，体现公平原则和夫妻平等原则。[25]

3. 补充立法以建立夫妻财产补偿请求权制度

现实生活中，夫妻之间以一种财产替代另一种财产清偿债务，一种财产从另一种财产中受有利益等现象是存在的，有鉴于此，我国有学者指出，立法上“应增补夫妻财产补偿请求权制度”[26]。在国外，法国、德国等国家均有夫妻个人财产与夫妻共同财产之间的补偿请求权的规定[27]。就知识产权本身而言，夫妻一方在婚姻存续期间取得知识产权不仅含有其个人的智力努力，还有可能含有夫妻共同财产的投入，在专利权形成过程中此种情形尤为明显。在知识产权本身及其期待利益又归属于创造方的情况下，显然不利于以共同财产作出贡献的夫妻另一方。必须说明的是，此处所谓的贡献不是指家务劳动的贡献，而仅指共同财产对形成知识产权的贡献。知识产权创造方所取得的知识产权及其期待利益是从夫妻共同财产中受有利益的，是夫妻另一方以共同财产做出贡献而形成的。因此本文认为，未来民法典亲属编应当立法确立夫妻个人财产与夫妻共同财产之间的补偿请求权制度，以更好地平衡夫妻的包括知识产权期待利益在内的财产利益。

结语

在离婚后知识产权期待利益问题上，虽然“个人财产说”和“共同财产说”均存在可质疑之处，但“个人财产说”在知识产权法与婚姻法的价值目标何者优先上特别重视对知识产权创造方的激励作用，而“共同财产说”重视男女平等的保护，特别是对从事家务劳动的妇女一方的保护，因此，这两类观点均有可借鉴之处。本文认为，采“个人财产说”下的补偿论是解决知识产权期待利益问题的最佳途径，其具体补偿方式有三种。这三种补偿是在对已经发生的实际损失利益估价后给予的经济补偿，可操作性强，较好地弥补了“个人财产说”和“共同财产说”的理论缺陷，有利于一揽子解决无形财产“分割”的问题，以平衡离婚时夫妻双方的财产利益。

注释:

- [1]参见强世功:《司法能动下的中国家庭——从最高人民法院关于〈婚姻法〉的司法解释谈起》、赵晓力:《中国家庭资本主义化的号角》,均载于《文化纵横》2011年第1期,第24~34页。
- [2]《婚姻法》第17条第3项。
- [3]2003年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第12条。
- [4]王洪:《婚姻家庭法》,法律出版社2003年版,第131页。
- [5]张树森、张妮主编:《婚姻之争——婚姻纠纷典型案例评析》,法律出版社2006年版,第313页。
- [6]杨立新:《亲属法专论》,高等教育出版社2005年版,第345页。
- [7]巫昌祯、杨大文等主编:《中华人民共和国婚姻法释义与实证研究》,中国法制出版社2001年版,第84页。
- [8]陈苇:《亲属法与继承法专论》,法律出版社2009年版,第219页。
- [9]余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第269页。
- [10]裴桦:《夫妻共同财产制研究》,吉林大学2008年博士学位论文,第77~78页。
- [11]周安平:《关于夫妻财产制度修改的再讨论》,载《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2002年第4期,第42页。
- [12]裴桦:《夫妻共同财产制研究》,法律出版社2009年版,第185页。
- [13]陈苇:《婚内所得知识产权的财产期待权之归属探讨》,载《现代法学》2000年第4期,第110页。
- [14]裴桦:《夫妻共同财产制研究》,法律出版社2009年版,第185~186页。
- [15]申卫星:《期待权基本理论研究》,中国人民大学出版社2006年版,第112~113页。
- [16]陈苇:《婚内所得知识产权的财产期待权之归属探讨》,载《现代法学》2000年第4期,第109页。
- [17]衣庆云:《夫妻财产制与知识产权》,载《中国知识产权报》2001年3月16日第003版。
- [18]陈苇、曹贤信:《论婚内夫妻一方家务劳动价值及职业机会利益损失的补偿之道——与学历文凭及职业资格证书之“无形财产分割说”商榷》,载《甘肃社会科学》2010年第4期,第32~33页。
- [19]《1993年离婚财产分割司法解释》第15条规定:“离婚时一方尚未取得经济利益的知识产权,归一方所有。在分割时,可根据具体情况,对另一方予以适当的照顾。”如果说《1993年离婚财产分割司法解释》对非知识产权权利人还有“适当照顾”,《婚姻法司法解释(二)》则对非知识产权权利人没有任何补偿,对曾经为对方创造知识产权提供照顾与帮助的配偶极为不公。
- [20]根据该条的规定,在夫妻约定的分别财产制下,一方因抚育子女、照料老人、协助另一方工作等付出较多义务的,离婚时有权向另一方请求补偿,另一方应当予以补偿。
- [21]陈苇、曹贤信:《论婚内夫妻一方家务劳动价值及职业机会利益损失的补偿之道——与学历文凭及职业资格证书之“无形财产分割说”商榷》,载《甘肃社会科学》2010年第4期,第33页。
- [22]同注释[21]。
- [23]同注释[21]。
- [24]陈卫佐译注:《德国民法典》(第2版),法律出版社2006年版,第477页。
- [25]同注释[21]。
- [26]陈苇:《完善我国夫妻财产制的立法构想》,载《中国法学》2000年第1期,第91页。
- [27]德国《民法典》第1445、1446、1467、1468条;法国《民法典》第1412、1433、1436-1438、1487条;瑞士《民法典》第238条;意大利《民法典》第192条。我国台湾地区“民法典”第1038条也有类似规定。

婚姻、家庭的宪法保障——以我国宪法第49条为中心

2013年11月26日 中国私法网 王锴

[摘要]:

我国宪法第49条属于比较特殊的宪法条文,必须将其置于特定的理论框架下进行解释。制度性保障与基本权利保障相并列,主要用于保障传统的、既存的公法和私法制度,其保障效果是立法者不可废止该制度的核心,但可就制度的非核心内容进行规制。婚姻、家庭作为一种私法制度,仍然受到宪法的保障,宪法通过对立法者施加义务来维护该制度的核心。

[关键词]:

制度性保障; 国家保护义务; 制度核心

我国宪法第49条规定:婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。夫妻双方有实行计划生育的义务。父母有抚养教育未成年子女的义务,成年子女有赡养扶助父母的义务。禁止破坏婚姻自由,禁止虐待老人、妇女和儿童。

从该条的规定来看,属于比较特殊的宪法条文。它的特殊性至少体现在以下三个方面:(1)该条虽然位于公民基本权利部分,[1]但却没有体现出明显的权利特征。比如,该条第1款仅规定,婚姻、家庭、母亲和儿童受国

家的保护。同时，虽然该条第4款前半句规定，禁止破坏婚姻自由，但似乎少有学者将婚姻自由视为我国公民的基本权利。(2)该条虽然位于公民基本权利部分，但第2、3款却是讲公民基本义务的内容，从而呈现出一种“权利+义务”的混合特色。[2] (3)学界对该条的研究很少。大部分宪法学教材或著作仅在基本权利的分类中提到该条，缺乏具体的释义。[3]

对于这种特殊的宪法条文如何释义？笔者认为，应将其纳入到一定的理论框架之下。或者说，这种特殊的宪法条文必然呈现出与其他条文不同的理论情境。其实，早在1928年，德国宪法学者卡尔·施密特就针对这种位于基本权利部分但不具有基本权利形式的条文提出了制度性保障的理论。

一、制度性保障的理论

(一) 制度性保障理论的缘起

关于制度性保障理论的缘起，有学者认为是最早来自于法国学者Maurice Hauriou。在德国的发展，历经了Friedrich Giese、Martin Wolf、Heinrich Triepel、Ludwig Waldecker、Rudolf Smend，最终至施密特集其大成。[4]

施密特在他的《宪法学说》中一书中指出，应当将制度性保障与基本权利区别开来。[5]施密特所谓的制度性保障有两种含义：一是指透过宪法法规，可以为某些特定的制度提供一种特殊保护。施密特指出，人们经常以很不准确的语言谈论基本权利，虽然这类保障的结构无论在逻辑上还是在法律上都完全不同于基本权利的结构。[6]但是，制度到底与基本权利有何不同呢？施密特又指出，它（制度性保障——笔者加）仅仅存在于国家之内，并非建基于原则上不受限制的自由领域的概念之上，而是涉及一种受到法律承认的制度。这种制度本身有一个限定的范围和界域，服务于某些特定的任务和目标，尽管任务并没有专门细分，而是允许“活动范围的广泛性”。[7]可见，要理解施密特所谓的制度的涵义，必须从施密特对基本权利的理解谈起。施密特在《宪法学说》一书中也展现了他的基本权利观。他说，国民法治国的基本权利只是一些可视为先于国家或凌驾于国家之上的权利，国家并非依照其法律来授予这些权利，而是将这些权利当作先于国家而存在的东西予以承认和保护，国家只能在一个原则上可预测的范围内、并按规定程序侵犯这些权利。因此，按其实质来看，这些基本权利并不是法益，而是权利——确切地说，防御权——由以产生出来的自由领域。[8]接着，他又说，一切真正的基本权利都是绝对的基本权利，它们并非“依照法律”予以保障，其内容并非来自法律，相反，任何法律干预都属于例外情况，而且属于原则上受限制的、可预测的、受一般规定制约的例外情况。[9]由此可见，在施密特眼中，制度与基本权利至少存在两点区别：(1)制度是国家之内的，或者说是由法律形成的，而基本权利是先于国家的；(2)制度是可以受到限制的，或者说受限制是常态的，而基本权利原则上是不受限制的，或者说受限制是例外的。当然，这种总结只是从反面定义了制度，如果从正面来界定，有学者指出，施密特所谓的制度是指传统、典型的规范复合体。[10]由此可见，制度具有三个特征：(1)传统，是指传统上形成或历史上确立之意，及于宪法制定生效时的现存物。(2)典型，是指宪法制定生效日时现存物中典型的、特征的、本质的法规范。[11] (3)一组具相互关联或相互补充的法规范构成。施密特曾以魏玛宪法有关宗教团体及组织的规定为例，说明如何建构出所谓“宗教团体作为公法社团的制度性保障”。[12]他还认为，属于这一类型的制度性保障包括：乡镇的基本权利、禁止设置例外法院的规定、婚姻是家庭生活的基础的规定、星期日为休息日的规定、私有财产权的规定、公务员权利的规定、对科学研究自由的保障等等。二是指自然团体或有组织的团体的基本权利，这种所谓的基本权利其实是一种制度性保障。比如家庭本身没有真正意义上的基本权利，同样，家庭成员本身也没有真正意义上的基本权利。家庭只能作为一种制度而受到宪法律的保护。[13]可见，在此，施密特仍然是从基本权利的反面来定义制度，即不在基本权利之列，就有可能落入制度的范畴。

施密特之所以提出制度性保障理论，不仅是为了将制度与基本权利相区分，更主要是为了克服魏玛宪法中基本权利条款效力不彰的问题。当时的基本权利观念被两种意识所垄断：一是单纯的纲领，认为基本权利在实证法上不具意义，充其量只是一种善意的声明、政治上的箴言、虔诚的愿望、立宪者的独白等等。二是基本权利被放置于法律保留之下，须经法律予以实证化，始能运作，从而基本权利的保障完全依赖民意机关所通过的法律。因此，基本权利的效力对象不及于立法者，而只能针对适用法律的行政机关和司法机关。[14]与基本权利的缺乏效力相比，施密特的制度性保障理论就显得有力的多。依施密特的观点，制度性保障就是防止来自立法者侵害的保障，换言之，制度的保障规定，不能以单纯立法的方式加以废止。[15]由此可见，施密特的制度性保障可以达到类似于宪法律保障的程度，即将制度的废止权保留给修宪者，并且还课予了立法者不得废止制度的义务，从而对立法者产生了拘束力。这些都是制度性保障比当时的基本权利保障更胜一筹的表现。但是，与基本权利一样，施密特又认为，立法者可以对制度进行限制。同时，立法者的限制本身也存在限制，即立法者不得对制度的核心进行废止或改变。[16]

施密特的制度性保障理论既有创新的一面，也有务实的一面。创新的地方在于他敏锐地注意到了制度与基本权利的区别，务实的地方在于他希望在“无力”的基本权利保障之外另辟一条加强基本权利效力的路径。当然，施密特的理论也留下了许多未尽的事宜，比如什么是制度、制度性保障与基本权利保障的关系、如何理解制度的核心等等。

（二）制度性保障理论的发展

由于施密特提出制度性保障理论的背景是在魏玛宪法中基本权利效力不彰的情况下，因此，当此背景消失后，尤其是随着德国基本法的颁布，基本权利取得了直接约束立法、行政、司法的效力，对制度性保障理论的怀疑之声也就越来越大。[17]当然，也有学者认为，施密特的制度性保障理论并未过时，主要理由一方面是制度与基本权利的区隔仍然存在，另一方面是制度性保障可以加强基本权利的功能发挥。由此，近来关于制度性保障理论的讨论，主要是围绕它与基本权利的关系来展开。

早期，施密特将制度性保障与基本权利截然二分，但是，他逐渐认识到这种二分法的问题。尤其是当他在讨论财产权的制度性保障时，财产权显然是基本权利，那么，它又何来制度性保障？因此，后期，施密特已经放弃了这种制度性保障和主观权利只能择一存在的看法，而是转向探求何种保障的问题，这就为二战后制度性保障理论的发展埋下了伏笔。

当前，按照制度性保障与基本权利的关系，可以分为：（1）与基本权利无关的制度性保障。这种制度性保障可以说是古典意义上的，即施密特所说的制度性保障。它是指在宪法规范之下，某些具有特定范畴、任务与目的的制度应为国家宪法所承认，受到宪法的特别保护，而非立法者通过制定或修改法律得以废弃。[18]这些制度大多是在宪法制定时就已存在的既存制度，宪法的保障具有现状担保的意义。典型的是地方自治制度；（2）与基本权利密切关联的制度性保障。这是将制度性保障作为基本权利的客观法性质来理解。基本权利的客观法性质是将基本权利视为一种人人以及所有国家权力都应予以尊重的价值，并且课予国家一种尊重并保障基本权利所代表的客观价值的义务，这种义务虽然不具有请求性，但如果国家违反这种义务，仍然构成违宪，要承担违宪责任。国家为了保障基本权利所代表的价值予以实现，必然要采取一些措施，比如基本权利的保护义务（国家有义务根据基本权利规定，保护人民的基本权利免受其他人民的侵害）、基本权利的组织与程序功能（解释与适用国家程序法规和组织法规时，应尊重相关的基本权利客观价值秩序，而且应本于此价值秩序课予国家制定程序与组织法规的义务）。[19]因此，作为基本权利客观法面向的制度性保障类似于一种“国家通过一些制度来保障基本权利的实现”的含义。此种意义上的制度，将包含国家所有可能采取的保障基本权利实现的手段，势必变成一个无所不包的概念，[20]甚至成为基本权利客观法性质的代名词。这种制度内涵扩张的最大问题就是如何处理与其他基本权利客观法面向的关系，尤其是如何与基本权利的组织与程序功能进行区分。因此，有学者主张应当回归传统的制度性保障概念，[21]甚至有学者认为制度性保障是释义学上多余的理论构造。[22]

对此，笔者认为，将制度性保障作为基本权利的客观法性质来理解，类似于 Häberle 所讲的基本权利具有双重性格，即个人权利面与制度面。这种认识固然与德国联邦宪法法院对基本权利作制度化理解有关（比如从出版自由中导出自由的出版制度，从私人讲学自由中导出私立学校制度，从学术自由中导出自由的学术制度等等），更主要还是看到了制度性保障对单纯权利保障所具有的补强作用。[23]但是，这种认识的缺陷仍然在于内涵模糊，国家到底要为基本权利的实现建立哪些制度？其实从德国联邦宪法法院有关新闻自由、广播电视自由、学术自由等的制度化理解来看，主要还是建立有关的组织与程序，[24]如此的话，制度性保障并不如基本权利的组织与程序功能表述明确。[25]所以，笔者认为，坚守制度性保障的古典意义是必要的，亦即必须强调该制度的传统性与先存性。

二、宪法上的婚姻、家庭制度

（一）婚姻、家庭的宪法含义

婚姻与家庭，在传统上是两个紧密联系的概念，这是因为传统的家庭就是建立在婚姻关系的基础上的。[26]但其实，婚姻与家庭并没有必然的联系。根据《辞海》的解释，家庭是指由婚姻、血缘或收养而产生的亲属间共同生活组织。[27]可见，除了婚姻之外，家庭还可以因血缘、收养而产生，比如单亲、代孕、无性生殖等组成的家庭。尤其是随着同性恋的出现，更是对传统的以婚姻为基础的家庭形成了巨大的冲击。以至于有学者区分法律意义上的家庭与社会意义上的家庭。前者是指合法婚姻下的家庭，后者泛指不论婚姻是否合法，而以实质同居共处，有永久共同生活实质的家庭。[28]对此，笔者认为，如果从家庭共同生活的本质来看，不应过多强调家庭

的婚姻因素，否则将导致宪法的保障范围过小。同时，从比较法的角度来看，德国联邦宪法法院在解释基本法上的家庭概念时也回避家庭是否为以婚姻为基础而建立的团体此一问题，而仅初步表示家庭是父母与子女共同组合的团体，而父母有保护及教养子女的权利与义务。[29]但是，联邦宪法法院并没有将家庭的概念泛化到一切的同居团体，因为其对家庭成员作了以下的限定：（1）家庭不应理解为多世代的大家庭，亦即仅有父母及其子女即可；（2）子女即使已经成年，也不直接脱离家庭，因为家庭的任务不仅在于教养子女至成年，而更应在对其面对危难时心灵上的强化；（3）至于子女，应包含不同父母的子女、收养的子女，甚至非婚生子女。[30]联系德国的经验，可见宪法上的家庭概念的要素有两个：（1）以共同生活为目的，至于基于何种原因而共同生活在所不问；（2）由父母和子女组成，这里的父母和子女并不必两全，父与子、母与女等单亲家庭也行。但是如果仅有父母或者仅有子女则不能构成宪法上的家庭。

关于婚姻，《辞海》将之解释为男女结合成为夫妻。[31]人们通常把婚姻区分为法律意义上的婚姻和事实意义上的婚姻。前者是指国家承认的婚姻，后者是指国家不承认的或者没有履行国家承认程序的婚姻。从德国联邦宪法法院的解释来看，似乎只承认法律意义上的婚姻。因为其将婚姻定义为：男女双方基于自由意志，以国家法定方式，为长久持续共同生活（原则上并不解除）为目的所为的结合。[32]对此，笔者认为，婚姻既然作为一种法律制度，自然应以法律上的婚姻为内涵。当前婚姻制度面临的巨大挑战是同性恋，因为传统的婚姻是基于异性的。当然，如果从婚姻的制度性保障入手，可知宪法保障的乃是传统的、先存的婚姻制度，即人类长期以来的异性婚姻。但这是否表明同性恋不受宪法保障？笔者认为不然，我们只能说同性恋不受宪法上婚姻制度的保障，但它仍然受到宪法上其他制度或者基本权利的保障，比如契约自由。[33]德国联邦宪法法院在2002年的《同性伴侣法》案中就认为，同性伴侣制度的引入不抵触基本法第6条的规定。基本法第6条对于婚姻家庭的特别保护并不因同性伴侣间也有类似于与夫妻相同的权利义务而受到阻碍。由于婚姻是以一男一女的结合为前提，而同性伴侣间本就是因为性别的缘故，而无法缔结婚姻，是故婚姻制度不会因为同性伴侣制度的创设而受到威胁，因此对任何有婚姻能力的人即便在同性伴侣制度的存在下，仍有完全的自由决定彼此是否要缔结婚姻。而透过同性伴侣法的规定只另外创设了新的法律身份关系，使得同性伴侣间的权利义务也有法律上的保障，进而排除对同性伴侣的不公平对待。[34]

（二）家庭成员的国家保护

宪法第49条第1款除了规定婚姻、家庭受国家保护外，还规定了母亲、儿童受国家的保护。同时，第49条第4款后半句又规定，禁止虐待老人、妇女和儿童。应当讲，母亲、儿童、老人都属于家庭成员。当然，从前述对家庭的定义来看，母亲、儿童是家庭的必要成员，而老人则属于非必要成员。[35]妇女与母亲在概念上多有重合，但妇女是性别意义上的，比如家庭成员中的女儿或者没有生育子女的妻子；而母亲则是生育意义上的，主要是针对子女而言的。

1. 母亲、儿童的宪法含义

母亲之所以受到特别保护，一方面是基于母亲的性别，另一方面是基于母亲对子女具有的特殊地位。[36]传统上，母亲与子女具有基于血缘的基因关系，并且子女为母亲所生。但是随着科技的发展，母亲与子女的关系也变得复杂。尤其是代孕的出现，妇女借他人的卵子或胚胎怀孕者有之，不孕夫妇令其他妇女代劳生育子女者有之，其中代劳者还有单纯怀孕生产、以自己的卵子、以不孕妻子的卵子甚至以其他妇女的卵子怀孕生产等类型。从而将子女的基因与生产分割开来。亦即妇女怀孕生子，所生孩子未必与产妇具有血缘关系。为了面对代孕所带来的挑战，德国民法第1591条对母亲的定义进行了修正：母亲是指生产子女的妇女。根据该条的规定，即使产妇与子女没有血缘关系，仍无碍于母亲的身份。[37]

“儿童”一词在联合国《儿童权利公约》中指的是“18岁以下的任何人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于18岁。”公约中所指儿童(child)与我国未成年人的概念是一致的。但在我国宪法上，儿童是与青年、少年相对的一个概念，比如，宪法第46条第2款规定，国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展。因此，要搞清楚儿童的概念，必须先弄清青年、少年的概念。根据《辞海》的解释，青年是指18-25岁由少年过渡到成人的阶段。[38]关于少年，《辞海》将之解释为“年轻男子”，[39]这一定义自然不足取，原因在于：首先何谓年轻？其次，宪法为何要特别保护年轻男子，缺乏正当的理由。所以，我们必须另辟蹊径。笔者从刑法学上对少年犯罪的解释中获得了启发，少年犯罪是指已满14周岁不满18周岁、行为能力受限制的未成年人犯罪。由此可见，儿童应是14周岁以下的未成年人，这也与我国《刑法》第240条“拐卖妇女、儿童罪”中对儿童的解释相一致。[40]

2. 母亲、儿童的国家保护义务

宪法第 49 条第 1 款规定国家保护母亲、儿童，那么，如何保护呢？从宪法第 49 条第 4 款的规定来看，国家保护的方式至少是：禁止虐待老人、妇女和儿童。虽然基本权利的效力对象一般针对国家，也就是说，侵犯公民基本权利的往往是国家。但是从虐待一词的使用来看，国家并非这里的虐待的禁止对象。因为即使国家虐待老人、妇女和儿童，那属于侵犯公民人身权利的问题，不应落入婚姻、家庭条款的保护领域。如果联系《刑法》中的虐待罪，可知这里的“禁止虐待”应是指禁止家庭成员之间的相互虐待。也就是说，国家负有家庭成员虐待老人、妇女、儿童的保护义务。这在宪法学上称之为基本权利的保护义务功能。

基本权利的保护义务是指国家负有保护其国民的法益及宪法上所承认的制度的义务，特别是国家负有保护国民的生命和健康、自由及财产等的义务。[41]该理论最早是由德国联邦宪法法院在前后两次堕胎判决中提出。第一次堕胎判决指出，人性尊严的尊重与保护是所有国家权力机关的义务。这种国家保护义务不仅禁止国家直接采取侵害发展中的生命的措施，更命令国家，在有来自第三人（包括胎儿的母亲）的侵害时，必须保护、助长这类生命。[42]第二次堕胎判决进而指出，宪法不仅禁止国家直接侵害未出生的生命，更命令国家应该保护、助长这类生命，以防卫来自他方的违法侵害。为履行这种保护义务，国家不能徒然依赖自愿的行为，还必须制定有法律上拘束力、有法律效果的行为命令。这些有法律效果的行为命令可以两种方式达成保护的目标：其一是在损害或有损害受保护法益之虞时，采取预防或制裁的措施；其二是在加强、支持国民全体关于合法与不法的价值观念，乃至形成其价值意识。[43]由此可见，德国联邦宪法法院主要是从两个层面来论证基本权利保护义务的存在，一个是从基本权利的客观法性质（基本价值），另一个是从人性尊严。

（1）基本权利保护义务的范围

如果说基本权利的保护义务源自基本权利的客观法性质，则保护义务的范围应涵盖所有基本权利，而非仅限于所谓的尊严核心或若干特定的基本权利，特别是从平等权的观点出发，其中即蕴含着国家应平等保护所有基本权利的价值决定。但是，一方面，从学者的研究来看，学者主要是从宪法中个别基本权利规定的文义中予以探求基本权利的保护义务，并且主要是从宪法规定的用语上，如基本法第 1 条第 1 款第 1 句中明定人性尊严不可侵犯，以及其他基本权利规定中所使用的不可侵害或保护等用词，另一方面，从德国联邦宪法法院的审判实践来看，联邦宪法法院只曾就下列基本权利确立了国家负有保护义务，特别是负有防止个人不受第三人侵害的义务。包括：生命、健康、身体自由、人格权、学术研究及讲学自由、婚姻及家庭、儿童、母性、职业自由、财产权。[44]

（2）基本权利保护义务的内涵

关于基本权利保护义务的内涵如何？联邦宪法法院曾在一起有关商业经理人竞业禁止的裁判中指出，为保护职业自由免受私法契约的限制，立法者应在私法中制定若干防范规定，特别是在双方势力的均衡关系显非相当时。[45]由此可见，基本权利的保护义务可以赋予立法者一个宪法委托。所谓宪法委托，就是指宪法在其条文内，仅为原则性的规定，而委托其他国家机关（尤其是立法者）以特定的、细节性的行为来贯彻。[46]

基本权利保护义务的履行首先要透过相关法律为之，此为德国宪法学界较为一致的见解。[47]当然，经由相关法律的制定，并非必然可以充分且终局地履行保护义务，特别是立法者所凭借的基础情况，例如科技或自然科学的知识水平，可能随着时代的演进而有所变迁。因此，立法者所为的保护措施，随时可能呈现不足的现象，从而有提升保护层次与程度的必要。在此情况下，立法者负有所谓“改善与试验的义务”。例如行政机关在适用相关法律规定时，如显示法律保护有遗漏者，立法者即负有填补与修复的义务。换言之，立法者应基于新获取的知识与资讯，制定新的法律规范，规定新的保护措施。[48]

（3）基本权利保护义务与制度性保障的关系

关于制度性保障与基本权利的保护义务是否相容，笔者认为不存在问题。因为本文恪守的是古典的制度性保障理论，而不在基本权利的客观法性质上谈论制度性保障，所以也就不会与作为基本权利客观法性质之一的基本权利保护义务发生龃龉。况且制度性保障只是课予立法者不得废止制度核心的消极义务，与基本权利保护义务赋予立法者积极作为义务不同，在笔者看来，前者代表着过度禁止的精神，后者代表着不足禁止的精神，两者可以互补。

不足禁止（Untermaßverbot）的概念最早由民法学者 Canaris 提出，是作为过度禁止（Übermaßverbot）的对立概念。亦即国家不得过度干预其人民的自由，国家对于其人民自由的保护，也不得低于必要的标准。过度禁止是

从基本权利的防御权功能出发，旨在为国家行为划定最大范围，与此相反，不足禁止原则乃是着眼于基本权利的保护义务功能，用来为国家的保护措施划定最低底线。[49]德国联邦宪法法院在第二次堕胎判决中，将不足禁止设定为审查国家是否落实保护义务的基准，它指出，保护的种类与范围于个别情形应如何确定，乃属立法者的任务。宪法仅将保护设定为目标，至于其在个别情形应如何形成，则未加规定。然而，立法者应顾及不足禁止原则。在此范围内，立法者受到宪法法院的控制。[50]

（三）计划生育义务与生育权

传统的婚姻以生育为目的，但随着生育成为公民的权利，[51]既然公民有生育的权利，也有不生育的权利。[52]因此，现代婚姻开始逐渐与生育的功能相分离，比如丁克家庭、代孕、无性生殖等等。但是，我国宪法第 49 条第 2 款规定了夫妻有计划生育的义务。根据公民的基本义务是对基本权利限制的原理，[53]夫妻的计划生育义务应属于对夫妻生育权的一种限制。[54]

宪法上计划生育义务的主体是夫妻，这与《人口与计划生育法》的规定有所不同，该法第 17 条规定，公民有生育的权利，也有依法实行计划生育的义务。对于这两者的区别，笔者认为，从计划生育义务的控制人口数量的目的来看，《人口与计划生育法》的规定更为合理。因为无论是婚生还是非婚生，都应当实行计划生育，或者说，即使不结婚也不会免除计划生育义务。至于宪法上将计划生育义务的主体限定为夫妻，也就是履行了结婚程序的男女，笔者认为，这仍然与宪法对婚姻的定义有关。诚如前述，宪法上的婚姻是指法律意义上的婚姻而非事实意义上的婚姻，并且既然宪法将计划生育义务置于婚姻制度之中，自然是专指婚姻上夫妻的义务。所以，宪法上的计划生育义务的主体与法律上的计划生育义务的主体并不存在矛盾，而只是强调的侧重点不同而已。

关于宪法上计划生育义务的内容，从《人口与计划生育法》第 18 条的规定来看，主要有两点：一是生育时间上的限制。即应晚婚晚育。二是生育数量上的限制。即一对夫妻生育一个子女；符合法律、法规规定条件的，可以要求安排生育第二个子女。[55]当然，既然计划生育义务属于对公民生育权的限制，那么，这种限制本身也存在限制，否则将构成对公民生育权的侵犯。

还有一个值得讨论的问题是如何理解生育权的性质？笔者认为，生育权不同于其他的基本权利，它是一种集体权。一般的基本权利都由公民个人来行使，但是集体权必须由集体共同行使。生育是夫妻或者未婚男女两个人的事情，即使通过代孕的方式，也必须得到提供卵子或者精子的另一方的同意。比如《人口与计划生育法》第 17 条规定，夫妻双方在实行计划生育中负有共同的责任。在这一点上，集体权也不同于法人所享有的基本权利，后者已经将法人与组成法人的公民分隔开来，亦即法人是作为一个独立的个体，而非集体。[56]

（四）父母的抚养教育义务与亲权

基于公民的基本义务是对基本权利的限制的原理，宪法第 49 条第 3 款前半句规定的父母抚养教育未成年子女的义务应是对父母的亲权的一种限制。这也就是英国学者 JohnEekelaar 将亲权的本质定义为 *dutyright*（负担义务的权利）的原因。[57]

最早规定亲权为基本权利的是德国魏玛宪法第 120 条，它规定，教育子女成为身心健全，并能适应社会的成年人，为父母的自然权利和最高义务，国家组织应监督其履行。但当时的学者并不认为亲权属于自由权，而仅是一种纲领性规定。直到二战后，亲权才得到了充分的保护。德国基本法第 6 条第 2 款延续了魏玛宪法的精神，规定，抚养和教育子女为父母的自然权利，亦为其至高义务，其行使应受国家监督。由于基本法第 3 条使基本权利具有了实效性，所以，学者们普遍认为，亲权首先是一种自由权，具有防御权的功能，即父母对于国家违法侵害其抚养、教育子女的任何行为，均可透过法律途径加以排除。其次，亲权是个人权，父母任何一方都可行使，双方所拥有的权利是平等的。其次，亲权是义务性的权利。因为亲权是一种利他的权利，亲权的行使不是仅为了父母的利益，而应追求子女的幸福。[58]换言之，亲权并非父母对子女的支配权，而是一种服务、造福、保护子女的自由权，亲权须以未成年子女的最佳利益为首要考量，并应尊重子女的人格自我决定权。最后，如同其他基本权利一样，亲权有其界限。这也就是基本法第 6 条第 2 款最后一句“国家监督”的内涵。即如果父母滥用其亲权，罔顾甚至损害子女的利益时，国家可以监护人或其它社会机构来弥补或取代父母亲权的行使。

我国宪法上虽无亲权的直接规定，但值得注意的是，我国《婚姻法》第 23 条规定，父母有保护和教育未成年子女的权利和义务。这可以看作是亲权在普通法律上的规定。当然，这里亲权的主体不限于父母，还包括继父母、养父母。同时，根据《民法通则》第 16 条的规定，还应包括未成年人的监护人。[59]另外，《民法通则》第 18 条规定，监护人应当履行监护职责，保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处

理被监护人的财产。……监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任。《未成年人保护法》第12条第1款也规定，父母或者其他监护人不履行监护职责或者侵害被监护的未成年人的合法权益的，应当依法承担责任。这可看作是对亲权的限制。

当然，宪法上没有明文规定，并不代表着宪法不保护。现行宪法上同样没有列举生命权、身体健康权，但并不代表我国宪法就不保护公民的生命和身体健康。一般来说，对于一些自然权利，也就是先于国家的，人之为人当然享有的权利，即使宪法没有明确列举，国家也必须给与尊重和保护。宪法之所以没有列举这些权利，可能是制宪者认为这些权利是理所当然、不证自明的，反之，如果非认为宪法明确列举了才保护，毋宁是将宪法保护的基本权利转变为宪法赋予的基本权利，所以，对这些固有的自然权利，宪法不明确列举可能比明确列举更能体现这些权利的尊崇性。[60]诚如前述，亲权是一项自然权利，是基于父母与子女之间的血缘关系而产生，从保护人性尊严的角度，并联系宪法第49条第3款，应不难推出我国宪法应保护亲权。

亲权是父母抚养和教育子女的权利。抚养是照顾其身体健康、掌握其精神与性格的发展；教育则是在上述关系中培养子女能力的发挥所形成的照顾。[61]父母的教育权涵盖了家庭教育和学校教育两大领域，就家庭教育而言，父母拥有完全的教育权，可依其世界观、价值观和宗教信仰，自行决定家庭教育实施的方式和内容；而在学校教育方面，父母教育权分为教育场所选择权和教育参与权两大类。教育场所选择权是指父母又为子女选择最适当教育场所的权利，包括：（1）学校选择权，即选择就读公立、私立中小学校的权利；（2）学校类型选择权，是指在子女结束某一阶段的学校教育时，由父母选择升学的学校种类及教育类型的权利，也称之为教育生涯选择权。（3）在家教育选择权，是指选择在家教育的方式来代替学校教育，由父母依其需要对其子女进行教育的权利。教育参与权是指父母参与并决定教育事务的权利，分为个别参与权和集体参与权。前者是指父母基于维护子女学习权的理由，对其子女所在学校的教育方式和内容提出建议，并要求学校提供资讯的权利，包括学校教育内容影响权、异议权、程序权、资讯请求权等。后者包括家长会组织权、学校教育参与权、教育行政参与权等。[62]

需要注意的是，虽然亲权的主体是父母，但与生育权不同的是，亲权并非一种集体权，亦即亲权并非由父母双方共同来行使。父母不仅可以单独行使各自的亲权，即使在形成冲突的情况下，比如一方对另一方的亲权不同意的情况下，也并不会造成另一方的亲权无法行使的局面。因为亲权是一种利他性的权利，最主要的还是要符合子女的利益，如果违背子女的利益，亲权将受到限制。所以，亲权并非要父母双方一致的情况下行使，关键是看哪一方亲权的行使更加有利于子女的人格完善和自我实现。比如我国《婚姻法》第36条第3款规定，离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。哺乳期后的子女，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决。

（五）成年子女的赡养扶助义务

宪法第49条第3款后半句规定的成年子女对父母的赡养扶助义务，可以说是对成年子女的财产权、人身自由的一种限制。赡养着重于经济上的供养，扶助着重于生活上的照顾。[63]同时，从该条将义务的主体限定为成年子女来看，宪法对成年子女和未成年子女的态度是不同的。对于成年子女，宪法更强调其义务，而对于未成年子女，宪法更强调其权利。

（六）婚姻自由

婚姻自由，也称为婚姻自主权。[64]根据通说，婚姻自由包括结婚自由和离婚自由。[65]但是，笔者认为，婚姻自由还应当包括生育自由（或者生育权）。虽然现代婚姻并不以生育为唯一目的，但生育作为婚姻的“结晶”，同时也是联系婚姻与家庭的纽带。

至于婚姻自由是否属于宪法上的基本权利，笔者并不赞成，理由在于：自由权作为第一代人权，都是先于国家而存在，而婚姻本身则是国家法律建构的结果。因此，才会出现对婚姻自由的限制内在于婚姻制度本身之中。[66]比如《婚姻法》第10条，有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚的；（二）有禁止结婚的亲属关系的；（三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；（四）未到法定婚龄的。这到底是说“有上述情形不构成婚姻”还是说“上述情形是对结婚自由的限制”。再比如《婚姻法》第32条第3款规定，有下列情形之一的，调解无效的，应准予离婚：（一）重婚或有配偶者与他人同居的；（二）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（四）因感情不和分居满二年的；（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。这到底是对离婚自由的限制还是说上述情形就可以离婚。因此可以说，没有法律，婚姻自由将无从谈起。[67]而自由权并不依赖法律而存在（或者说，即使没有法律，自由权也可以实现）。所以，笔者更愿意将婚姻自由作为一

三、婚姻家庭的制度性保障

施密特在提出制度性保障理论时，虽然区分公法上制度与私法上制度，但着重点仍然在公法上制度，比如地方自治、职业公务员制度、宗教公法社团、公立大学自治等等。对于私法上制度，比如财产权、婚姻与家庭制度则着墨较少。因此，真正从制度性保障对婚姻家庭进行论述的是德国联邦宪法法院。

联邦宪法法院认为，基本法第 6 条第 1 款规定的婚姻家庭受国家秩序的特别保护，至于何种构造原则决定此一制度，首先须从法外的生活秩序确定。婚姻与家庭均是从古传来，且其核心并不改变而形成。因此，基本法第 6 条第 1 款的制度性保障的实质内容，与向来的习俗是相一致的。对基本法而言，婚姻是一种男与女的结合，且原则上无法强制解开的生活共同体，而家庭则是父母与子女的总括的共同体，父母主要有抚养与教育子女至成年的权利与义务。此一制度的核心，对整体的法感情与法意义而言，是不可侵犯的。[69]其次，联邦宪法法院还认为，基本法第 6 条第 1 款是价值决定的原则规范，它将婚姻与家庭视为人类共同体的胚胎细胞，而置于国家秩序的特别保护之下。因此，此种保障不仅保护婚姻家庭不受国家公权力的侵害，同时它也规定国家权力应采取适当措施以助成婚姻与家庭的积极任务。[70]

（一）婚姻、家庭作为一种制度

制度，根据《辞海》的解释，主要有两个含义：一是要求成员共同遵守的、按一定程序办事的规程或行动准则，如工作制度、学习制度；二是在一定的历史条件下形成的政治、经济、文化等各方面的体系，如社会主义制度。[71]前者可以称为小范围的制度，后者可以称为大范围的制度。笔者认为，宪法上的婚姻、家庭制度主要是后者意义上的，同时，无论是小范围的制度还是大范围的制度，它们的共同特点都是由“一组规范”构成。这一认识也得到了当代哲学与法学理论的支持。

美国著名哲学家塞尔在《社会实在的建构》一书中区分了无情性事实和制度性事实。无情性事实是不依赖于任何人类制度而存在的，制度性事实只是在人类制度中才存在。比如地球与太阳之间有一定的距离这个事实是不依赖于任何制度而存在的。但是，什么是制度呢？塞尔进而区分了构成性规则与调控性规则，调控性规则调控先在的活动，例如车辆靠马路右边行驶就是调控性规则，但是驾驶车辆的活动在这种规则存在之前就已经存在了。构成性规则是创造了某种活动的规则，比如下棋的规则并不是调控一种先在的活动，相反，是下棋的规则创造了下棋活动的可能性。如果你不遵循这种规则，你就不是在下棋。所以，制度性事实只有在构成性规则的系统内才存在，这种规则的系统创造了这类事实的可能性。[72]当代的制度法学借鉴了塞尔的理论，指出，法律上的制度意味着一些由成套的创制规则、结果规则和终止规则调整的法律概念。[73]

婚姻和家庭之所以作为一种制度，就在于它们必须依赖一定的规则而存在。我们很难想象，一男一女凑在一起就能称之为婚姻或者几个老人和孩子凑在一起就能称之为家庭。正如塞尔所说，制度性事实并非存在就可以，关键是人们要赋予这种存在一种意义或功能。比如货币本身就是一张纸，它之所以成为货币是因为人们赋予它交易的功能，塞尔将人们的赋予称之为集体意向性。而集体意向性可以使无情性事实转变为制度性事实，亦即使 X 在 C 中算作 Y，这就是创造一个制度性事实的构成性规则。[74]诚如前述，婚姻高度依赖法律，如果没有法律，我们将无法判断一对男女之间的关系是否属于婚姻。传统的家庭建立在婚姻的基础上，自然也要依赖法律。现代的家庭观念虽然包含了婚姻之外的血缘关系和收养关系，而这种血缘关系和收养关系的认定也必须依赖法律。

（二）婚姻、家庭的制度核心

制度核心就是该制度的本质或者该制度赖以存在的基础，如果按照塞尔的话讲，就是构成性规则，如果改变该规则，X 在 C 中就不算作是 Y 了。需要注意的是，制度性保障理论要求维护制度的现状，这种现状可能在宪法制定之前就已存在。但是，过去的制度现状却可能跟当前的宪法精神发生冲突，比如我国传统的家庭制度中以父权、男权为先的核心已经受到男女平等的冲击而逐步被废弃。因此，强调对传统、对既存状态的尊重固然有其一定的安定化、稳定社会生活的作用，但不能作为阻碍制度向前发展的理由。所以，当制度的功能随着时代的推移而有所变动，社会价值观也渐渐改变时，恪守成规并非是制度性保障的本旨。[75]

根据《婚姻法》第 2 条第 1 款，婚姻制度的核心是婚姻自由、一夫一妻、男女平等。婚姻自由诚如前述，这里的“一夫一妻”不同于我国古代的“一夫一妻多妾制”，亦即不仅法律上只能有一个配偶（禁止重婚），而且事

事实上也只能有一个配偶（禁止有配偶者与他人同居）。至于男女平等，德国联邦宪法法院也曾指出，基本法第 6 条的制度内容，从基本法的特别价值决定，显示出更进一步的重要因素，在此主要是须考虑基本法第 3 条第 2 款（男女平等）和第 3 项（性别平等）。基本法的制定者，其出发点是第 6 条和第 3 条规定一致。[76]从这一点来看，宪法第 48 条也应纳入婚姻制度中进行考虑。当然，从该条第 1 款的内容来看——中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利，婚姻制度中的男女平等主要是指男女在家庭生活方面的平等。

尽管有学者将家庭制度的核心总结为：组成或不组成家庭的权利、和谐家庭生活的权利、维持家庭存续的权利、维持家庭亲属关系的权利。[77]但是，笔者认为这并未抓住家庭制度的核心，尤其是不符合我国家庭制度的保障现状。从我国宪法上有关家庭制度的规定来看，笔者认为，家庭制度的核心是弱势家庭成员的特别保护原则。我国宪法之所以对母亲、儿童、老人、妇女进行特别保护，并且对父母和成年子女施加义务，无外乎在于：母亲相对于父亲是弱势、儿童相对于青少年是弱势、老人相对于年轻人是弱势、妇女相对于男子是弱势、未成年子女相对于父母是弱势，而父母相对于成年子女是弱势。所以，为了保护弱势群体，可以为其设定国家保护义务；同时为了保护弱势群体，可以对相对的强势群体施加更多的义务。

（三）婚姻家庭的制度性保障效果

根据前述施密特的理论，婚姻、家庭的制度性保障效果是：立法者可以对制度的非核心部分进行限制，但不能废止制度的核心部分，亦即“核心不得废止，边缘可以限制”。施密特的理论主要是以产生立法者的消极不作为义务为主，并不能导出立法作为的义务。[78]但是，如果制度性保障中包含着基本权利的保护义务，势必要求立法者的积极作为。因此，我国宪法上的婚姻、家庭制度主要有两种保障效果：一种是从制度性保障入手，将导出立法者不得废止制度核心的不作为义务。那么，何种情况属于废止了制度核心？诚如学者 Anschutz 所说，区分限制与废止是困难的。对此，笔者借用基本权利的本质内容不得侵犯的理论来予以说明：首先，废止与限制有程度上的差别，立法者的限制必须留有自由或其他利益的最低内容保障，至少不能影响每一个制度的人性尊严内容，否则将变成废止。比如德国联邦宪法法院在无期徒刑合宪性案件中认为，基于被处以无期徒刑的受刑人仍有再社会化请求权，及在一定情形下享有赦免权，故对之而言，其人身自由仍有“残余”。[79]其次，根据比例原则和过度禁止，立法者的限制须以优先的利益予以正当化。亦即只要以重大利益来限制次要的利益，次要利益的本质内容即相对缩小，亦可谓次要利益的本质内容未受侵犯。比如，联邦宪法法院在职业禁止合宪性案件中指出，只有为了保护特别重要的公益，且系迫切必要的情形下，才可以完全禁止进入某一职业。[80]另一种是从基本权利的国家保护义务入手，将导出立法者积极保护的立法作为义务。[81]

四、结论

通过本文的分析，可见我国宪法第 49 条是通过相当复杂，但又具有内在联系的条文构建了宪法上的婚姻、家庭制度。

婚姻、家庭制度围绕各自的制度核心，形成了不同的规范：（1）针对夫妻关系——婚姻自由、计划生育义务与生育权、男女平等；（2）针对父母和子女的关系——父母对未成年子女的抚养教育义务与亲权、成年子女对父母的赡养扶助义务与成年子女的财产权、人身自由；（3）针对家庭成员——对母亲、儿童、老人、妇女进行特别保护。

虽然近年来，代孕、同性恋、未婚生育等新问题给婚姻、家庭制度带来了挑战，但这并不意味着传统的婚姻、家庭制度遭到解体，相反，通过制度性保障的理论，立法者只要恪守制度的核心，对于这些新挑战，立法者有权通过立法进行形塑或规制。

【注释】

[1]宪法第二章“公民的基本权利和义务”共有 24 个条文组成，一般认为，第 33-51 条是公民基本权利的内容，第 52-56 条是公民基本义务的内容。

[2]虽然这种“权利+义务”的混合特色在宪法第 42 条第 1 款和宪法第 46 条第 1 款也有体现，但是后两者中的权利与义务并不具有密切的关系。关于劳动权与劳动义务的关系，参见王锴：《论我国宪法上的劳动权与劳动义务》，载《法学家》，2008 年第 4 期；关于受教育权与受教育义务的关系，参见王锴：《从一则案例看在家教育的合宪性与合法性——兼谈我国宪法上受教育权与受教育义务之内涵》，载《判解研究》，2007 年第 4 辑。

[3]学界的通说是将该条纳入到特定人的基本权利中，参见魏定仁主编《宪法学》，北京大学出版社 1994 年版，第 172-196 页；许崇德主编《中国宪法》（修订本），中国人民大学出版社 1996 年版，第 407-430 页；韩大元、林来梵、郑贤君著《宪法学专题研究》（第二版），中国人民大学出版社 2008 年版，第 305 页。

[4]陈春生：《司法院大法官解释中关于制度性保障概念意涵之探讨》，宪法解释之理论与实务（第二辑），中央研究院中山人文社会科学研究所 2000 年版，第 274 页。

[5]需要注意的是，施密特还区分制度性保障（Institutionelle Garantie）与制度保障（Institutsgarantie），前者是公法上制度的宪法法律上保障，后者是私法上制度的宪法法律上保障。但是，近来德国学者已不再作如此的区分，而是统称为制度性保障（Einrichtungsgarantie）。

[6]施密特：《宪法学说》，刘锋译，世纪出版集团、上海人民出版社 2005 年版，第 182 页。

[7]同上，182 页

[8]同上，175 页。

[9]同上，177 页。

[10]同注④，293 页。

[11]施密特曾以“纯粹的现状保障”来指涉那些不具有典型性的现存物，即以特定期日为基准，确定在该时点上的某特定事实或法律状态，例如魏玛宪法第 173 条，在依第 138 条制定帝国法律之前，国家基于法律、契约或特殊名目而给予宗教团体的给付，继续存在。但是，究竟判断典型性的标准为何，施密特并未明示。

[12]李建良：《“制度性保障”理论探源——寻索卡尔·史密特学说的大义与微言》，吴庚大法官荣退论文集——公法学与政治理论，元照出版公司 2004 年版，第 240-243 页。

[13]同注⑥，184 页。

[14]Katalin F. Rights and Constitutional Theory in Weimar Germany: Debates in Historical, Political and Institutional Context, VDM Verlag Dr. Müller, 2004, pp.47-76.

[15]同注④，294 页。

[16]当时的著名宪法学者 Anschutz 曾对施密特的该理论提出如下批评：（1）立法者对于组织、自治事项范围及国家监督的机制，享有完全的自由；（2）限制制度与废止制度之间的界限难以划分；（3）德国的立法者不会想将某制度废除。因此，宪法对于立法者的拘束，实际上并无意义。施密特的反驳是：（1）立法者享有完全的自由与立法者受拘束的原则相互抵触；（2）界分困难不能推出无界限的结论；（3）第三个观点与前两个观点矛盾，前两个观点假定立法者不会尊重制度，现在却又强调立法者的善意。同注 12，235-236 页。

[17]比如，有学者认为，制度性保障的规范效力是使立法者不得任意更动、废除该制度或使其内容尽失，今日已无特别强调的实益，因为此一规范效力可由基本权利本质内容（核心领域）不得侵犯的原则，乃至比例原则所取代。同上，263 页。

[18]程明修：《基本权客观内涵之主观化——从宪法保障之制度与基本权之制度性保障功能谈起》，第六届“宪法解释之理论与实务”学术研讨会论文。

[19]张嘉尹：《论“价值秩序”作为宪法学的基本概念》，载《台大法学论丛》，30 卷第 5 期，第 23 页。

[20]比如有学者认为，所有宪法中关于组织法与程序法的规定，诸如法律保留、基本法第 19 条第 4 款的法院审查和比例原则等在法治国原则相关下，制度上能保障基本权利实现者，均可以视为制度性保障来理解。同注④，280 页。

[21]陈爱娥：《基本权作为客观法规范——以“组织与程序保障功能”为例，检讨其衍生的问题》，宪法解释之理论与实务（二），中央研究院中山人文社会科学研究所 2000 年版，第 256-257 页。

[22]Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers, Oxford University Press 2002, p.326.

[23]李建良：《宪法理论与实践》（一），学林文化事业有限公司 2003 年版，第 165 页。

[24]同注④，282-289 页。

[25]故学说上比较没有争议的基本权利的客观法性质主要体现在基本权利的第三人效力、基本权利的保护义务、基本权利的组织与程序功能，并不包括制度性保障。参见张嘉尹：《基本权理论、基本权功能与基本权客观面向》，翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集《当代公法理论》（上），元照出版公司 2002 年版，第 50 页。

[26]比如我国《婚姻法》第三章就是“家庭关系”。

[27]《辞海》，上海辞书出版社 1999 年版，第 1236 页。

[28]李震山：《多元、宽容与人权保障——以宪法未列举权之保障为中心》，元照出版公司 2005 年版，第 153 页。

[29]BVerfGE 10,59(66);31,58(82);62,323(330).

[30]吴信华：《论宪法上“婚姻”与“家庭”的保障》，“家庭权之规范图像——法律社会学的超国界飨宴”学术研讨会论文。

[31]同注 27，1335 页。

[32]BVerfGE10,59(66)|29,166(176);62,323(331).

[33]当然，同性恋能否改变宪法上婚姻的内涵，与各国的认识程度有关。当前各国的应对同性恋的做法共有四种：（1）同居制度，不论同性或异性之间，当事人无身份上的变动。例如瑞典。（2）共同生活契约，不论同性或异性之间，特殊之处在于有税法、社会上特殊功能，但当事人无身份上的变动，例如法国。（3）注册伴侣关系，以同性之间为主，效果近似于婚姻。当事人有身份上的变动，如丹麦、德国。（4）同性婚姻制度，如比利时。参见许耀明：《“家”的解构与重构：从法国、德国、比利时与欧盟层次新近法制谈“异性婚姻”外之其他共同生活关系》，载《东海大学法学研究》，2006年第25期，第85页。

[34]戴瑀如：《论德国同性伴侣法》，载《月旦法学杂志》，2004年107期，第150页。

[35]老人是针对多世代家庭而言。

[36]这种特殊地位在于，子女出生时母亲即享有对子女的亲权，而父亲必须在毫无权利地位保障的情形下努力积极地与子女建立实质关系后，其父亲的地位与权利才可能受到肯认。参见李立如：《生父在美国宪法上的地位》，载《中原财经法学》，2006年第16期，第20页。

[37]王海南：《德国新亲生子法关于血缘关系之规定》，黄宗乐教授六秩祝贺——家族法学篇，学林文化事业有限公司2002年版，第88页。

[38]同注27，2389页。

[39]同注27，1345页。

[40]高铭暄：《新编中国刑法学》（下册），中国人民大学出版社1998年版，第712页。

[41]ChristianStarck：《基本权利之保护义务》，李建良译，载《政大法学评论》，1997年第58期，第50页。

[42]BVerfGE39,1,41.

[43]BVerfGE88,203,251,253.

[44]同注41.

[45]BVerfGE81,242,254.

[46]陈新民：《德国公法学基础理论》（上），山东人民出版社2001年版，第148页。

[47]需要指出的是，并非只有立法者受到保护义务的拘束，行政权和司法权也应受到保护义务的拘束。不过，行政权与司法权对于保护义务的具体化，原则上只能在立法者所设定的框架内进行。

[48]BVerfGE56,54(78).

[49]李建良：《论宪法上保护义务与保护请求权之关系——以“不足禁止原则”的论证构造为中心》，城仲模教授古稀祝寿论文集编辑委员会，二十一世纪公法学的新课题（宪法篇），台湾地区法治暨政策研究基金会2008年版，第281页。

[50]BVerfGE88,203(254).

[51]我国《人口与计划生育法》第17条规定，公民有生育的权利。

[52]我国《妇女权益保障法》第51条第1款规定，妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。由于生育需要夫妻双方才能完成，所以，男人也应当有不生育的自由。

[53]胡锦涛：《宪法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社2006年版，第338-342页。

[54]计划生育在我国宪法上出现了两次，除了宪法第49条第2款外，宪法第25条规定，国家推行计划生育，使人口的增长同经济和社会发展计划相适应。由于这一条款位于总纲部分，所以应属于宪法规范中的基本国策条款，关于基本国策条款的效力，参见王锴：《公法释义学与比较方法》，光明日报出版社2010年版，第18-22页。

[55]准确地讲，这里的生育数量并非“一个子女”而是“一胎子女”，否则将得出多胞胎子女不受宪法和法律保护的荒唐结论。

[56]同注28，184页。

[57]施慧玲：《家庭法律社会学论文集》，元照出版公司2004年版，第270页。

[58]董保城：《教育法与大学自由》，元照出版公司1997年版，第226页。

[59]因为根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第10条的规定，监护人的监护职责包括：……，对被监护人进行管理和教育。

[60]同注28,18-19页。

[61]何希皓：《父母在儿童教育中的宪法地位》载《宪政时代》，21卷第2期，第60页。

[62]李明昌：《在家教育法制化之研究》，辅仁大学法律研究所2003年硕士学位论文，第24-25页。

[63]我国《老年人权益保障法》则采取广义的赡养概念，其第11条规定，赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务。

[64]我国《民法通则》第103条规定，公民享有婚姻自主权。

[65]周伟：《国家与婚姻：婚姻自由的宪法之维》，载《河北法学》，2006年12期，第24页。

[66]这也是一些日本学者对制度性保障的批评，认为制度性保障的理论可能会削弱对人权的保护。依照制度性保障的理论，只要不侵害制度的本质内容，则承认以法律形成与规制，且当强调非人权保障事项只是手段而已时，可能会过度承认制度的形成与规制。同注④，310页。

[67]对此，费孝通先生曾说，结婚不是私事，婚姻是用社会力量造成的。参见费孝通：《乡土中国、生育制度》，北京大学出版社1998年版，第129页。

[68]比如《民法通则》就将婚姻自由纳入自然人的人身权之中。

[69]BVerfGE10,59,66.

[70]BVerfGE6,55(71ff.).

[71]同注27，233页。

[72]约翰·R·塞尔：《社会实在的建构》，李步楼译，上海世纪出版集团2008年版，第25页。

[73]尼尔·麦考密克、奥塔·魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社2004年版，第66页。

[74]同注72，34-45页。

[75]蔡维音：《论家庭之制度保障——评释字第五零二号解释》，载《月旦法学杂志》，2000年63期，第70页。

[76]同注④，283页。

[77]同注27，159-160页。

[78]但是，Häberle认为，制度性保障乃透过立法者以形成基本权利的内容。从Häberle的主张，可知他对立法者的积极作为抱以很大的期待，这也是Häberle与施密特的理论的不同之处。然而，诚如前述，这些不同都是建立在两者对制度与基本权利的认识不同上的，Häberle认为制度与基本权利并不冲突，制度甚至是基本权利的属性之一，而施密特则对制度与基本权利采取截然区隔的态度。同注④，295页。

[79]高焯辉：《“本质内容保障”作为基本权利限制之实质界限——以德国法为借镜》，载《宪政时代》，19卷3期，第43页。

[80]盛子龙：《比例原则作为规范违宪审查之准则——西德联邦宪法法院判决及学说研究》，台湾大学法律学研究所1989年硕士论文，第144页。

[81]王锴：《论立法不作用的违宪》，载《东吴法学》，2007(春季卷)，第126页。

十、法官视点

离婚登记行政案件的司法审查

2013年10月28日 中外民商裁判网 危辉星

笔者试从行政审判的实务角度出发，对离婚登记案件司法审查标准的若干问题进行探讨。2003年的《婚姻登记条例》取消了关于申请婚姻登记的当事人弄虚作假，骗取婚姻登记的，婚姻登记机关应当撤销婚姻登记的规定。与此同时，现行婚姻法只对结婚规定了无效婚姻和可撤销婚姻，但未规定无效离婚或可撤销离婚的情形。故在我国通过行政程序登记离婚后，一旦有一方因受欺骗、受损害或因意思表示不真实而办理了离婚登记，受损害一方既无法要求婚姻登记机关自行撤销离婚登记，也无法通过法院民事诉讼寻求法律救济，这使得近年来以离婚登记违法为由诉至法院要求撤销的行政案件日趋增多。当前离婚登记行政诉讼案件的两种最典型形态为——夫妻一方为无民事行为能力人或限制民事行为能力人的离婚登记和夫妻一方携同他人冒用身份骗取离婚登记引发的行政诉讼案件。由于法学理论与实务界对于离婚登记的法律性质及可诉性、离婚登记机关的审查职责、法院的司法审查标准及裁判方式等若干问题认识很不一致，造成各地法院对此类案件的审查标准及裁判结果迥异，亟待统一。笔者试从行政审判的实务角度出发，对离婚登记案件司法审查标准的若干问题进行探讨。

一、离婚登记机关的审查职责

在人民法院的婚姻登记行政案件中，被诉婚姻登记机关几乎部无一例外地辩称，其在婚姻登记(离婚登记)行为中已尽形式审查职责，被诉婚姻登记(离婚登记)行为合法。不少法院在裁判中也认可此种观点。

根据笔者的梳理，认为婚姻登记机关的审查职责应为形式审查的依据大致有以下这些：

基于对相关规范的分析。如《婚姻登记条例》第7条规定：“婚姻登记机关应当对结婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况。对当事人符合结婚条件的，应当当场予以登记，发给结婚证；对当事人不符合结婚条件不予登记的，应当向当事人说明理由”。此外，《婚姻登记条例》第5条第1款也规定：“办理结婚登记的内地居民应当出具下列证件和证明材料：(一)本人的户口簿、身份证；(二)本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的签字声明。”据此，认为婚姻登记机关对结婚登记申请的审查主要由审核材料和询问情况两部分组成，实质只需对当事人提供的材料进行形式审查，尽到一般的注意义务即可。

基于羁束性行为的一般特征。不少学者认为行政登记行为是行政机关依相对人申请而实施的行政确认行为，这种行为也是一种羁束性行政行为，即法律为该具体行政行为设定了详细、具体、明确的条件和方式等，“政机关必须依照法定的条件和方式规定是否予以登记，完全不享有自由裁量权。这就决定了行政机关在办理行政登记申请时，只负形式审查的义务，即是否给予相对人行政登记取决于相对人的申请是否符合法律规定的条件。登记机关的职责在于审查申请人是否依法提交了申请登记所需的全部材料，申请登记事项有无违反法律禁止性或限制性的规定，申请材料的内容之间是否相一致等，只要申请人提交的申请材料符合法律规定，登记机关即应依法予以登记。作为依申请的登记行为，申请人申请登记的民事法律关系状态在实质上是否真实、合法、有效，不在登记机关行政确认的审查范围之内，登记机构没有义务为申请人提供的材料是否真实、有效而去审查、调取相关的证据予以甄别或证明。简言之，“形式合法”属于登记机关行政确认的形式审查职责范围，对申请资料真实性这一法律基础，依法应由申请人负责。

基于公权对私权的尊重。结婚登记行为本身不直接使申请人获得婚姻权利和义务，它只是对申请人之间的婚姻关系的确认和证明，而不是对申请人之间的婚姻关系的设立或裁决。申请人之间关于婚姻法律关系的合意是登记意思表示和登记权利的基础，而婚姻登记机关并不拥有对婚姻关系变动合意效力的审查判断权，也无权改变当事人以自己意愿建立的婚姻法律关系。正如马克思在《论离婚法草案》中所指出的：“离婚仅仅是对下面这一事实的确定：某一婚姻已经死亡，它的存在仅仅是一种外表和骗局。不用说，既不是立法者的任性，也不是私人的任性，而每一次都只是事物的本质来决定婚姻是否已经死亡”。简言之，公权力无权干涉合法私权利的建立，只有予以确认或不确认的权力和义务。

基于对婚姻法立法本意的解读。回顾我国婚姻法的立法变迁可以发现，我国对于婚姻登记的审查趋于逐步放松的总体进程中。现行婚姻法更是注重婚姻的实质要件，这一点在它对待事实婚姻的态度上可见一斑。更有研究者认为，婚姻法是为了保障婚姻关系，“一旦婚姻登记程序办理完毕，即使婚姻登记违反法定程序，倘若均符合婚姻登记的实质要件，此时以程序违反为由撤销婚姻登记行为，受损害的恰恰是婚姻登记当事人自己，因而与设定婚姻登记程序的本意不符。”由此也可以看出，婚姻登记机关本身的审查并非婚姻关系中的重点。形式审查似乎已经足够。

笔者认同上述根据中的不少理由，但不认可将婚姻登记机关的审查职责界定为形式审查，并认为应由“审慎合理的审查”义务来替代形式审查这一用语。理由有三：第一，形式审查与实质审查是一对学理概念，国家关于婚姻登记的法律、法规中并无此种分类和相应规定，在无法对形式审查概念作准确定义的情况下，把婚姻登记机关在婚姻登记中的审查责任定性为形式审查不科学。第二，法律法规规定申请人应对申请材料真实性负责不能反向推导出登记机关对真实性不负审查责任，法律、法规对婚姻登记行为公示公信法律效果的要求。决定了婚姻登记机关应对申请材料的“三性”及申请人的民事行为能力进行审慎合理的审查，以实现其公示公信力。第三，就离婚登记而言，首先离婚是一种民事法律行为，根据民法通则的规定，行为人必须具有相应的民事行为能力；其次行政机关作出的任何一个具体行政行为，都必须具有法律依据，符合法定程序。在登记类案件中，登记条件和登记程序尤显重要。民政部《婚姻登记工作暂行规范》第六章明确规定了离婚登记的条件和程序，其中就包括了第四十八条第(三)项规定的“离婚双方当事人应当具有完全民事行为能力”，第四十九条则规定婚姻登记员应该查验第四十八条规定的有关证件和证明材料。《婚姻登记条例》第十二条第(二)项规定，婚姻登记机关不受理无民事行为能力或者限制民事行为能力人的离婚登记。由此可见，离婚双方当事人具有完全民事行为能力，是当事人向婚姻登记机关申请离婚登记的必备条件，同时当事人的行为能力也是婚姻登记机关受理和办理离婚登记时必须审查的内容之一。当然，面对数量巨大的登记申请，婚姻登记机关在审查时主要对申请材料是否齐全和是否符合法定的形式进行审查是符合实际的，但这并不免除婚姻登记机关在对申请材料的合法性不能形成内心确信时应当对申请材料的实质内容作进一步核实的义务。无论是对申请材料是否齐全和是否符合法定形式进行审查还是对其实质内容的核实都应当依照法定程序履行审慎合理的审查职责。最高人民法院《关于审理行政许可案件若干问题的规定》第十三条第一款已对行政机关在行政许可行为中应依照法定程序履行审慎合理的审查职责作了相应规定。最高人民法院《关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第十二条对房屋登记机关的审查职责亦作了相同规定，笔者认为在婚姻登记中可以参照这一规定。对登记机关的审查义务界定为形式审查不具有科学性，放弃对申请材料的“三性”及申请人的民事行为能力进行审慎合理的审查会动摇离婚登记的公示、公信力，将使婚姻登记的意义荡然无存。借用上述司法解释的规定，笔者主张婚姻登记机关在婚姻登记中亦应采用审慎合理的审查职责为宜。

二、离婚登记的法律性质及可诉性

当事人对婚姻登记机关的离婚登记行为不服能否提起行政诉讼？有学者主张离婚登记行为不宜纳入行政诉讼的受案范围，即使不服离婚登记，也不能通过行政诉讼来解决。其理由是现行婚姻法只对结婚规定了无效婚姻和可撤销婚姻，没有无效离婚或可撤销离婚的规定，离婚证一经颁发即生效。如果人民法院对婚姻登记机关的离婚登记作出无效或撤销判决，而离婚当事人一方在判决生效前又结婚的，将出现十分尴尬的情况。我国民事诉讼法第一百八十一条已明确规定：当事人对已经发生法律效力解除婚姻关系的判决，不得申请再审。因此，即使婚姻登记机关违反了《婚姻登记条例》第十二条的规定，为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人办理了离婚登记，当事人也不能就此提起行政诉讼。

事实上,我国原《婚姻登记管理条例》第二十一条曾经规定:“申请婚姻登记的当事人弄虚作假,骗取婚姻登记的,婚姻登记机关应当撤销婚姻登记,……,对离婚的当事人宣布其解除婚姻关系无效并收回离婚证,并对当事人处以200元以下的罚款”,但是在2003年的《婚姻登记条例》中则取消了这一规定,也未规定受欺骗或受损害的一方可以通过何种途径得到救济。然而,正如有婚姻法学者所指出的:“对于在离婚时因意思表示不真实而受到损害的当事人,法律不应无所作为,应当提供一定的救济途径,以保护当事人的合法权益。”笔者认为,婚姻法、《婚姻登记条例》等有关婚姻关系的法律法规,的确只规定了当事人在结婚登记时存在无效婚姻和可撤销婚姻情形时的救济途径和程序,即当事人可通过婚姻登记机关或人民法院撤销婚姻、或者请求人民法院宣告婚姻无效,并无规定当事人对离婚登记行为有争议时的救济渠道,即没有无效离婚或可撤销离婚的规定,但这只能推导出婚姻登记机关不具有自行作出撤销离婚登记的职权,而不能得出离婚登记行为不属于行政诉讼受案范围的结论。

笔者认为应当认可当事人对婚姻登记机关的离婚登记行为不服可以向人民法院提起行政诉讼,更进一步的理由有:首先,笔者认为,离婚登记是一种公法与私法性质兼备融合,行政确认与公示公信效果兼备的复合性的具体行政行为。根据行政诉讼法第十一条第(八)项的规定,认为行政机关的具体行政行为侵犯其他人身权、财产权的,公民可以提起行政诉讼,而婚姻自由权是公民人身权的重要组成部分。从法理上分析,只要特别法没有作出明确的特别禁止规定,当事人及其法定代理人如认为离婚登记侵害自己合法权益时,就可以提起行政诉讼。其次,由于婚姻登记条例没有授权登记机关可以撤销离婚登记,我国民事诉讼中迄今也未设立无效离婚或可撤销离婚之诉,故在现行行政救济和民事诉讼体制下当事人对离婚登记的争议无法获得有效救济,这不符合“有权利必有救济”的法治理念。最后,民事诉讼法关于当事人对已经发生法律效力解除婚姻关系的判决,不得申请再审的规定,其法理基础为“婚姻关系是一种人身关系,在人民法院判决解除婚姻关系并发生法律效力后,双方当事人可以依法分别另行结婚。因此,这类案件依其性质不宜再审”。这一法理不能构成人民法院对被诉离婚登记行为进行合法性审查的限制,人民法院在对被诉离婚登记行政行为作出合法性评判后,可以根据具体情况对该行政行为的效力作出裁判。如果离婚登记当事人一方在办理离婚登记后又与他人结婚的,人民法院可以确认违法而不予撤销。应当说,近年来法院系统对婚姻登记特别是离婚登记的可诉性已基本取得统一认识,各地法院受理了不少此类案件。最高人民法院行政审判庭2005年10月8日给浙江省高级人民法院的“关于婚姻登记行政案件原告资格及判决方式有关问题的答复”(法[2005]行他字第13号)中的第一项意见指出:“依据《中华人民共和国行政诉讼法》第24条第2款规定,有权起诉婚姻登记行为的婚姻关系当事人死亡的,其近亲属可以提起行政诉讼”。该意见虽然直接规定的是起诉婚姻登记行为的原告范围,但其同时也明确了婚姻登记行为作为具体行政行为的法律性质及其可诉性。

在离婚登记行政案件的案由确立上,鉴于离婚登记行政行为的复合性形态,最高法院《关于规范行政案件案由的通知》(法发[2004]2号)中也已将行政登记确立为一个独立的案由,故不宜将案由确立为行政确认,而应确立为行政登记。

三、离婚登记行为合法性判断及裁判方式选用

夫妻一方为无民事行为能力或限制民事行为能力人的离婚登记和夫妻一方携同他人冒用身份骗取离婚登记是当前离婚登记行政诉讼案件的两种最典型形态,对于后一类案件,由于夫妻一方未实际到场办理离婚登记,确认该离婚登记违法分歧不大。而对于前一类案件,即婚姻登记机关受理了夫妻一方为无民事行为能力或限制民事行为能力人(实践中多为精神病人)的离婚申请,经审慎合理审查未能发现并颁发了离婚证,在行政诉讼中如何确认该婚姻登记行为的合法性存在较大争议。主要有四种观点:

第一种观点认为可称为“合法论”,认为只要登记机关尽了审查职责,就应确认合法并判决维持。其理由仍基于离婚登记是婚姻登记机关依当事人的申请,对当事人自愿达成离婚协议、自愿解除夫妻关系及财产分割、债权债务处理和子女抚养等问题予以认可和证明的一种行政确认行为,其作用在于确认当事人离婚协议的合法性。颁发给当事人离婚证,使当事人的婚姻解除具有社会公信力,起到公示作用。该行为并不创设新的权利义务关系,是否给予离婚登记,取决于当事人的申请是否符合法律规定的办理离婚登记的条件。婚姻登记机关的职责,在于“审查当事人是否本人共同当场并依法提交了申请离婚登记所需的身份证、户口簿、结婚证、离婚协议书及自愿离婚登记声明书等证件和证明材料”,审查这些材料在形式上是否合法。只要当事人本人共同到场申请,提交的材料形式上符合《婚姻登记条例》第十一条规定,即应依法办理离婚登记,颁发离婚证。至于当事人提交的材料在实质上是否合法有效,内容是否真实,不属于婚姻登记机关的审查职责范围,不影响离婚登记行为的合法性;况且婚姻是一种特殊的身份关系,具有不可逆转性,婚姻法和《婚姻登记条例》亦未明确规定可撤销离婚登记情形,所以如果婚姻登记机关在颁证过程中已经履行了形式审查职责,法院应依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第(一)项之规定,判决维持该离婚登记行为。

第二种观点为“超越职权和违反法定程序论”,认为应确认违法并判决撤销。根据《婚姻登记条例》第十二条第(二)项规定,婚姻登记机关不受理无民事行为能力或者限制民事行为能力人的离婚登记。由此可见,离婚双方当事人具有完全民事行为能力,是当事人向婚姻登记机关申请离婚登记的必备条件,同时当事人的行为能力也是婚姻登记机关受理和办理离婚登记时必须审查的内容之一。如果婚姻登记机关对无民事行为能力或者限制民事行

为能力人的离婚登记申请予以受理审查并登记颁证，则该行为由于不符合受理条件，从一开始就超越职权和违反法定程序，故应依照行政诉讼法第五十四条第(二)项之规定，判决撤销婚姻登记机关颁发的离婚证。

第三种观点为“行为违法”说，但认为宜采确认违法的裁判方式。婚姻登记机关受理限制民事行为能力人的离婚登记申请不符合法定受理条件，但人民法院作出裁判也必须具有法律依据，在法律没有明确规定可撤销离婚或无效离婚的情况下，法院不宜直接作撤销判决，应依照《最高人民法院关于执行<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解释》第五十七条第二款第(三)项之规定，判决确认婚姻登记机关颁发离婚证的行为违法。有人认为：“婚姻登记行为的法律效力主要取决于是否符合结婚或离婚的实质要件，而违反登记程序不能轻易否定婚姻登记行为的法律效力。这是确定婚姻登记行为司法审查标准的基准。”对于一般行政行为而言，违反法定程序(特别是严重违反法定程序)往往是否定行政行为法律效力的基本事由之一，但是，与其它行政行为的程序与效力的关系不同，对婚姻登记行为的效力关系不能作如此简单的处理，即使婚姻登记行为程序违法，但婚姻双方当事人符合结婚或者离婚的实质要件的，不应以违反法定程序为由撤销婚姻登记行为。

第四种观点为“行政行为合法说”，但基于对事实的尊重仍可判决撤销。该说认为对行政行为的效力判断不应以违法为前提，即不违法的行政行为也可以判令撤销。要求婚姻登记机关在离婚登记中要对申请人是否属于限制或无民事行为能力人尽到审查职责，系超出法律义务的苛求。故不应以行政机关未尽到法定审查职责为由，认为被诉行政行为违法。但因为该离婚登记不符合法定要件，法院应判决撤销。此种撤销判决并不构成行政机关负赔偿责任的前提。

笔者认为，婚姻登记机关在离婚登记中的审查职责应是一种审慎合理的注意义务，第一种“合法论”观点主张对被诉离婚登记行为判决维持，既使得限制或无民事行为能力当事人的权利难以救济，又会使该类行政行为得不到有效监督，有违行政诉讼法的立法精神和目的，同时也限制了行政机关的自我纠错功能。第三种“行为违法”说认为宜采确认违法裁判方式的观点虽然确认了婚姻登记机关的行为违法，但确认违法不能使婚姻关系自行恢复，这种判决结果将会使当事人的婚姻状况陷入一种不确定的尴尬状态，而且严格地讲，离婚登记行政行为也不属于“不具有可撤销内容”情形。当然，如果在其中一方当事人在离婚登记后又与他人登记结婚的情况下，法院应作出确认婚姻登记机关登记行为违法的判决。第四种观点是近年来司法实务界对行政诉讼立法仅以合法与否来判断行政行为效力进行反思的结果，这种处理办法较好地解决了后续行政赔偿问题，也为行政机关所接受。但此种处理办法有违现行行政诉讼法对行政行为的合法性进行司法审查的立法规定，即只有违法行政行为才可以予以撤销，故该种观点尚缺乏充足的法律依据。

第二种观点，即“超越职权和违反法定程序”说认为应判决撤销的观点，尽管存在是否对行政机关确定了过高审查标准之争议，但在现行法律框架下具有其正当性。《婚姻登记条例》第十二条规定，婚姻登记机关对无民事行为能力或限制行为能力人的离婚登记申请应当不予受理，也就是说该两类人的离婚事项不能通过行政登记程序来解决，婚姻登记机关对此没有管辖权；民政部行政规章《婚姻登记工作暂行规范》明确将双方具有民事行为能力作为婚姻登记机关受理离婚登记申请的条件，并要求婚姻登记员应当查验与此相关的证件和证明材料，应当认为该规章设定了婚姻登记机关对离婚登记申请人是否具备完全民事行为能力这一受理条件的审查义务。故婚姻登记机关受理一方为无民事行为能力或限制民事行为能力人的离婚登记申请并颁发离婚证，超越了其管辖权，应属于违反法定程序，法院可以判决撤销该行政行为。如果法院受理案件前，离婚登记一方当事人已经结婚的，法院应当确认该离婚登记违法。

笔者认为，登记机关是否已尽审查义务与行政行为的合法性不具有一一对应的关系。认定行政行为是否合法的标准应该是行政诉讼法第五十四条第(二)项的五目标——主要证据不足、适用法律错误、违反法定程序、超越职权及滥用职权。行政机关是否尽到审查职责更多地关系到其是否有过错，是否负赔偿责任。最高人民法院《关于审理行政许可案件若干问题的规定》第13条第1款规定：“被告已经依照法定程序履行审慎合理的审查职责，因他人行为导致行政许可决定违法的，不承担赔偿责任”。这一规定也明确了审查职责与行政行为合法性的关系，即登记机关已尽审慎合理审查职责，而由于申请人的原因导致登记错误的行政行为仍然违法，法院在司法审查中可以确认违法或判决撤销。当然，如果婚姻登记机关已尽审慎合理审查职责的，法院在判决的事实认定和说理中，宜对登记机关已依照法定程序履行了审慎合理审查职责予以确认，登记机关亦无需承担登记错误的赔偿责任。

行进在法律前沿的探索者

2013年10月27日 重庆法制在线 记者 杨雪 饶果 文图



国庆前夕，中国民法学研究会 2013 年会暨民事立法与民法适用理论研讨会在西南政法大学召开，民商法学院教授涂咏松参加了此次研讨会的分组讨论。

不惑之年的涂咏松自 18 年前从西南政法大学毕业后，进入广州市白云区法院工作。在广州的 12 年，他办理了曾经在当地轰动一时的“亲子鉴定第一案”、“代位权第一案”等民商法经典案例。

2007 年，硕博连读后的涂咏松被西南政法大学作为特殊人才引进，从事教学工作。理论与实践的完美结合，让涂咏松授课如鱼得水。

10 月 18 日下午，天色有些灰暗。

西南政法大学的敬业楼稍显冷清。

涂咏松教授的办公室位于 5 楼的民商法学院内。他的办公室摆设简单而又略显凌乱，一张办公桌、一张沙发，两排书柜，书柜里装满了关于民商法的各类书籍。

刚进不惑之年的涂咏松，谈起民商法的实践探究就滔滔不绝，他时而眉飞色舞，时而紧缩眉头，让这位行走在法律前沿的探索者形象跃然眼前。

超前实践

审理亲子鉴定第一案

点燃一支香烟后，涂咏松的思绪仿佛回到了 18 年前。

1995 年，涂咏松从西南政法大学毕业后，在广州市白云区法院民二庭当了一名书记员。

1998 年夏秋之际，一名重庆籍未婚女子张芳（化名）在该院起诉一名广州籍男子许力（化名），要求其支付孩子的抚养费。但是，许力却是有家室的人。为了防止给孩子给家庭带来不利的因素，他矢口否认孩子是其私生子，并拒绝支付抚养费。为了维护孩子的正当权益和让他有一个健康的成长环境，已是审判员的涂咏松建议张芳和许力去做亲子鉴定。可这时的许力却以多种理由搪塞。根据张芳提供的证据，涂咏松认为，孩子有可能是许力的。而许力却又不做亲子鉴定，怎么办？“我对他说，根据现有的证据，法院可以认定孩子是你的，并要求你支付抚养费。”涂咏松说。最后，许力去做了亲子鉴定。结果显示，该孩子系许力亲生。

随后，法院根据相关法律做出判决，许力支付孩子的抚养费。此案中，涂咏松发现当时的法律不能解决某些问题，于是，他大胆地将亲子关系诉讼中一方当事人拒绝鉴定，将导致法院推定另一方主张成立这一理论用于实践。

这一年，涂咏松才 25 岁。

直到 13 年后，2011 年 7 月 4 日出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第二条才明确：“当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。”“不可否认，在广州工作的那些年对我的磨练是很大的。”涂咏松说，正是因为有了挑战，才让他对法律有了更深层次思考，也让他越发觉得需要不断地充实自己。

华丽蜕变

让理论和实践完美结合

2000 年，涂咏松考上中国人民大学，攻读经济法学硕士。在他攻读经济学硕士期间，社会结构和经济结构处于快速调整期，涂咏松发觉经济法学的面太狭窄。“作为一门学科，民商法的范围随着经济结构的调整而涵盖了经济法学，这不得不让我重新面对。”涂咏松笑着说，从 2003 年开始，他回到母校，师从全国民商法学泰斗李开国教授，继续学习和研究民商法，直至硕博读完。2007 年，硕博连读后的涂咏松被西南政法大学作为特殊人才引进，从事教学工作。他也从完成了从一名法官到民商法教师的华丽转身，开始了他对民商法等相关法律理论前沿的探究生涯。在民商法学院，涂咏松时常把以前的判决书拿出来重新进行审视。“要是能把当时的案件重新审判，我肯定会判得更更有水准些。”采访中，涂咏松说，他的脸上带着一些经过多年反复钻研后的自信。涂咏松在研究中发现，

在合同纠纷中，如何鉴定双方责任和赔偿？是不是应该设立专门的信赖责任研究？于是，他开始对此进行深入研究和挖掘。

2010年8月，在西南政法大学建校60周年时，涂咏松的《信赖损害赔偿研究》一书出版，为中国民主法治发展献上一份大礼。该书归纳出信赖损害赔偿责任独立的构成要件，重构了责任体系，从而将信赖损害赔偿责任从缔约过失责任中剥离出来。

不仅如此，作为实践型学者的他和重庆市第一中级人民法院研究的课题《构建合法性与人性化相互融合的执行新机制》已处于中期阶段，而他和学生研究绿色旅游的课题，亦将在年底面世。在这个绿色旅游课题里，涂咏松还对旅游资源的自由流转作深入研究和解释。

人物面对面：

本报记者：你觉得在法律教育中存在怎样的问题？怎么去解决？

涂咏松：现在很多学校的法律教学与实践相脱节，学生们的法律思维方式也不一样。学校应该多让学生们从实践中去理解法律理论。我的教学方法就是，尽量化繁为简，用浅显的实践案例来讲解法律理论。

本报记者：针对学术上的研究，你有什么看法？

涂咏松：同一论题的论文太多，学术价值也不高。目前的学术评价机制也不完善。某些专家学者只知道跟着热点话题去研究，缺乏对已成形的法律进行深入反思，缺乏一种“精装修”的理念。

学生眼中的涂咏松：

赵洪春（民商法学院研二学生）：当我听了涂咏松老师的第一堂课时，就被他的教学风格所吸引。他的法律理论功底雄厚，实践经验也丰富，他可以用很多种思维方式和视角来分析同一个案例，是我见过将实践案例和法律理论结合得最好的老师。

李鸣（民商法学院研二学生）：我是今年才开始跟着涂老师学习的。涂老师情商很高，经常会带着我们去接触社会，用实践的案例来教学。他经常鼓励我们多阅览其他学科的书籍，对我们很有帮助。

明星离婚“演习”婚姻法

2013年10月28日 《民主与法制时报》 杨芳

影视艺人的婚姻动态向来引人注目，特别是当艺人离婚牵涉到财产分割的时候，公众更加好奇。从这个角度说，艺人离婚官司也是一个普及婚姻法律知识的机会。

日前，“前阿汤嫂”凯蒂·霍尔姆斯在纽约庆祝自己和影星汤姆·克鲁斯离婚满一年。离婚满一年意味着凯蒂和汤姆·克鲁斯离婚协议中的保密条款到期，凯蒂不再受“保密条款”制约，她表示将有可能出书大爆料婚姻生活，这将给她带来1000万美元收益。

明星的离婚协议中附有“保密条款”不是新鲜事，谢霆锋和张柏芝离婚时，双方也签署了保密条款，约定双方对于离婚财产、子女抚养和赡养费等事项均不得向媒体透露。

但是，双方如果不能好合好散签署离婚协议，那么上法院打官司就不可避免。一直被视为好莱坞“情比金坚”的老夫少妻迈克尔·道格拉斯和第二任妻子凯瑟琳·泽塔·琼斯争夺3亿美元夫妻共同财产的官司正在美国法院上演。想要看明白这场争产大战，实在有必要先了解美国的离婚财产分割以及赡养制度。

美国受大陆法系和英美法系两种不同的法律传统影响，不同的州采取了不同的做法，在实践中有共同财产制和分别财产制两种态度。

美国法律重视“期待权”

共同财产制，简单说就是“你的就是我的”。这与我国实行的夫妻共同财产制度类似，即在婚姻存续期间，你的就是我的，我的就是你的。目前，美国有9个州实行夫妻共同财产制，包括亚利桑那、加利福尼亚、爱达荷、路易斯安那、内华达、新墨西哥、得克萨斯、华盛顿及威斯康星州。

在以共同财产制为法定财产制的州，夫妻双方在此期间所得的财产除属于夫妻个人财产以外均属于夫妻共同财产，离婚时夫妻对共同财产原则上平均分割。夫妻在婚前的财产和婚后取得的个人财产，仍是各自的个人财产，离婚时仍归个人所有。

分别财产制，简单说是“你的还是你的”。在以分别财产制为法定财产制的州，大多认为婚姻是一种合伙关系，强调夫妻双方地位平等，分工合作，互惠共享。结婚并不改变夫妻各自财产的所有权人，财产在谁的名下是离婚时决定财产归属的决定性因素。

离婚时夫妻各方只能取得属于其个人的财产，对对方的财产则无权要求分割。但是，严格的分别财产制对于那些全职照顾家庭的一方来说极为不公平，因此各州都采取了一些折中的做法，例如允许根据夫妻双方对家庭的贡献来对家庭财产进行分割。

值得一提的是，我国的夫妻在离婚时一般考虑对现有财产的分割，而很少涉及未来可能发生的收益。但是在美国法律中，期待权也是一项很重要的财产权。在纽约州的一个著名案例中，妻子认为自己在过去6年中靠打工赚钱供丈夫完成了硕士和博士教育，自己没有现有财产可供分配。该案的法官创造了一个先例，认为丈夫的学位和因此带来的就业能力的增值，应当分给女方一半。

美国法律中所谓赡养与我国法律的“赡养”含义不尽相同。美国法律中的赡养制度是离婚时，收入较高一方为了确保收入较低一方在离婚后维持现有生活水平而向其支付补偿金。在美国传统观念中，一般认为妻子在婚姻中处于弱势地位，因此普通法中的离婚赡养义务在很长的历史中都是单向的，即丈夫对离婚的妻子负有赡养责任。随着女性越来越多地参与职场，普通法的这一立场也逐渐被改变，如今丈夫接受妻子赡养的现象也开始出现。

1971年，由美国州法律全国统一委员会公布了《美国统一结婚离婚法》，作为推荐给各州采纳、修改或另作解释的一个蓝本，当然它并不具有强制适用的效力。该法第308条规定：只要法庭发现要求被赡养的一方符合下列条件，就可以判决另一方给予该方赡养费：1.其财产，包括分得的财产，不能满足其合理的生活需要；2.不能通过从事适当的工作满足其生活需要，或者是子女的监护人，而子女的状况和环境又不允许监护人离家去工作。

从《统一结婚离婚法》的规定可以看出，美国法律对赡养费的支付仅仅考虑收入的高低，并没有将一方在婚姻中有过错作为不必支付赡养费的理由，这也造成了一种奇怪的现象：夫妻因为一方对婚姻不忠导致离婚，另一方却不得不支付高额的赡养费。这与我国《婚姻法》所采取的“过错责任”立场完全不同，在我国离婚诉讼中支付损害赔偿金的条件之一，就是一方在婚姻中存在过错，例如不忠或是家庭暴力。

《美国统一结婚离婚法》规定一方支付赡养费的数量和时间由法庭决定，但是规定了几项可供考虑的因素。鉴于《统一结婚离婚法》的示范法性质，各州对赡养费的支付标准都不尽一致。例如德克萨斯州的《家庭法》规定，离婚后每个月的赡养费最低限为2500美元，或者是支付方每月平均收入的20%。相比较于德克萨斯州细致的规定，大多数州的赡养费支付都是通过案例来确定的，并且法官会综合考量接受赡养一方在婚姻期间的生活标准等因素。

对于崇尚契约精神的美国人来说，婚前协议颇受青睐，有效的婚前协议在离婚时往往能够免去很多不必要的争执，妥善解决离婚时的财产分配难题。如今，美国名人在结婚前都会签署一份婚前协议。迈克尔·道格拉斯和凯瑟琳·泽塔·琼斯签有婚前协议，传媒大亨默多克与妻子邓文迪于1999年6月25日结婚前曾签下婚前协议，之后又于2002年与2004年各签过一份“婚后协议”。

然而，不要指望婚前或者婚后协议能解决一切问题，任何一份协议都不可能是完美无缺的，律师的作用就是找出其中的漏洞，总之只要能够打动陪审团，一切皆有可能。值得注意的是，与我国《婚姻法》可以在离婚协议中对子女的抚养费进行约定不同，美国无论是婚前协议还是婚后协议，有关子女养育费的约定无效，这是为了避免一方免除或减损对子女的养育义务，损害未成年人的合法权益。

共有房屋能否进行产权分割的判断标准

2013年10月24日 中外民商裁判网 赵明华 李焯 张心全

案情

原告任甲诉称，其与被告任乙系案外人胡某的养子女，胡某死后，两人共同共有上海市某幢房屋的二楼全部和底楼西南间、西北间、东北间、车间、附屋(以下简称系争房屋)。其后，原告长期侨居海外，系争房屋一直由被告居住，但该房屋产权未进行分割。鉴于原告长期不在国内居住，原、被告之间又无血缘关系，原告已无与被告继续共有该房屋的必要，为此，原告曾多次要求分割房产，但被告一直不允，故原告诉至法院，要求依法分割系争房屋。

一审法院经审理查明，任甲与任乙在系争房屋中所占的份额比应为1:7，并判决对系争房屋作如下分割：系争房屋底层西南间归任甲所有(共折合人民币110.04万元)；底层西北间、底层东北间、底层车间、附屋及二层全部归任乙所有(共折合人民币755.93万元)。任甲应就其超出应得份额部分向任乙支付折价款人民币17938元。判决后任甲不服，提起上诉。

上海市高级人民法院在二审中认为，本案系争房屋的各个单独房间，不符合《上海市房地产登记条例》规定的房屋基本单元的条件，不能进行单独的房地产登记，故任甲要求对系争房屋的各个房间进行产权分割的诉讼请求，不予支持。最后判决确认以上房屋的底层及二层为原、被告按1:7比例按份共有，在共有期间底层西南间归任甲使用，底层西北间、底层东北间、底层车间、附屋及二层全部归任乙使用。

评析

房屋为多人共有的现象在生活中较为普遍，通常情况下各共有人能够和平相处，但是在共有人因继承、离婚等问题产生纠纷时，往往要求对房屋的各个房间进行分割。在本案中，一、二审的判决结果之所以不同，关键在于所依据的判断标准存在迥然差异，一审以各房屋能否在物理上区分开来为标准，即构造上是否独立；二审则在此基础上，再附以分割后的房屋能否各自进行产权登记等严格标准。两级法院对同一问题的不同判决，说明了司法实践中对该类问题的认识，还不完全一致。为此，本文且作引玉之言，予以浅表分析，为大家提供参考。

理念转变：从“法律思维”走向“法律经济思维”。

1、相关规定和操作的变化。

在以往的实践中，无论是行政管理，还是司法审判，对于房屋的产权登记，或者房屋分割，多注重房屋在物理构造上能够区分。城乡建设环境保护部1987年印发的《城镇房屋所有权登记暂行办法》，建设部2001年制定

的《城市房屋权属登记管理办法》，以及上海市人大常委会 1998 年制定、2002 年、2004 年修订的《上海市房地产登记条例》等，在这些规定中，只是规定了申请变更登记所对应的各种情形，如权利人名称发生变化的、共有房地产分割等，但对于分割后的房屋应当具备什么样的登记条件，未进行规定，当时行政部门登记的操作相对较为宽松。同样，在以前的司法审判中，对于共有房屋分割的处理也采取从宽的思路，主要注重审查如果分割能否在物理构造上区分，如各个房间是否有门、有墙，是否可相互隔开，如符合这些条件会同意当事人的分割请求，对于分割后的房屋能否进行登记，通常不作过多审查。

但是，近年来新出台的各种规定，普遍出现了新的政策倾向和变化，即不仅就构造上的独立性作出要求，还更加注重房屋功能是否独立、是否能够登记等分割要件。建设部《房屋登记办法》第 10 条规定：“房屋应当按照基本单元进行登记。房屋基本单元是指有固定界限、可以独立使用并且有明确、唯一的编号(幢号、室号等)的房屋或者特定空间。”上海市人大常委会 2008 年修订的《上海市房地产登记条例》第 8 条也规定：“房地产登记的最小单位是土地、房屋的基本单元。房屋的基本单元，是指有固定维护结构，具有规划确定的完整功能、可以独立使用，并且有明确、唯一编号的房屋或者特定空间。”另外，根据最高人民法院于 2009 年 5 月发布的《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《区分所有权司法解释》)的规定，判断分割的房屋能否构成物权法意义上的专有部分，既要审查构造上的独立性，还要审查功能利用上是否独立、是否能登记成为所有权的客体等。可以说，与以往相比，目前判断共有房屋能否进行产权分割的标准更加趋于严格。

2、变化背后的价值取向。

任何一项制度的修正，其背后都对应着相应价值、理念的嬗变。单以构造独立性为判断标准。遵循的实质上是以当事人意思自治为核心的处理原则，不对分割后房屋使用效果等进行考虑，对私权利的边界不进行任何的逾越和干涉，这实际就是单向度的法律思维。相反，以构造的独立性、利用的独立性、登记的可行性这一综合判决标准，遵循的实质上是当事人意思自主、经济效率双向均衡的处理原则，在考虑当事人分割请求的基础上，还要审查分割后房屋功能的系统性是否会遭到破坏，是否能够促进房屋价值的充分发挥，以及是否便于进行产权登记，以确保所有权状态的充分公示，促进市场交易安全，这体现了法学、经济学有机渗融的复合性思维。

其实，从法律的本质看，划定私权利的边界范围，不局限于设定权利的行为本身，而是正如波斯纳在《法律的经济分析》一书中所说的，财产法和财产权具有重要的经济功能，即激励人们有效地利用资源，从制度上保证资源配置的有效性。从民法通则规定的有利生产、方便生活的相邻关系处理原则，到合同法所体现的尽量维护合同有效性原则，再到物权法所确定的物尽其用原则，无不体现了一种在尊重私权利与促进资源有效配置之间的平衡思想。

具体到本案，单以物理构造上是否独立为标准来分割房屋，就可能导致房屋的居住使用效能得不到充分发挥，相反还可能会导致新的矛盾纠纷出现，继而大大阻碍资源配置的有效性。物权法第一百条也规定：“共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。”该条规定所突出的“不会因分割减损价值”的限制条件，就是从促进房屋资源的有效使用出发，对分割房屋进行了明确的适当限制，其所蕴含的经济理念和价值取向甚是了然，在分割房屋纠纷的具体处理中，也应当以此作为办案的理论基础和指导原则。

共有房屋产权分割标准的具体把握。

分割共有房屋的请求是否成立，可以结合最高人民法院《区分所有权司法解释》对专有部分概念的规定，从如下三个方面加以把握。

1、分割后的房屋是否具有构造上的独立性。

所谓构造上的独立性，又可称物理上的独立性，是指区分所有建筑物的专有部分与另一专有部分必须在建筑构造上能客观明确地区分其范围，并可以排他、独占地予以使用，一般理解为建筑构造上与其他建筑物部分有隔离的设备，通常称为“隔墙”。在日本相关法律中，规定专有部分其四壁必须有确定的遮蔽性，某建筑物若无封闭性墙壁间隔便不能成为专有部分，这样既可以借此使专有部分在外观上与其他部分相区别，又使境界标识具有明确性。对构造上的独立性，要在实践中根据不同情形作灵活理解，不能一概而论，譬如通常的居民用房，其独立性构造需要包括涵盖卧室、卫厨、通道等基本部分，并要具有明确、有形的隔离墙壁，而对于诸如产权式商铺等，即使没有墙壁分隔，但能够通过平面图界定其具体房屋的四至，且各部分将来可以封闭，单独配备水电等设施，亦应符合构造上的独立性。

2、分割后的房屋是否具有利用上的独立性。

所谓利用上的独立性，又可称机能上的独立性，是指区分所有建筑物的各区分部分是否与一般独立的建筑物相同，具有满足人们生活目的的独立机能。具体来说即是需要专有部分具有足以发挥其使用功能的基本构造、设施和条件，主要是指具有独立自由的出入口，无需他人协助或利用他人的独立空间，便可以完成本人按照本来用途使用其专有部分的目的。至于能否被独立使用，一般应查看是否符合两个基本的条件：第一，该区分部分是否有独立的出入门户，如果没有独立的出入门户与公共走廊或公共楼梯等公共设施相通，则不能认为是专有部分。

第二，该区分部分的配套设施能否满足其存在目的，不同房屋具有不同的建设用途，其专有的配套要求亦不同，如果是生活居住用房，显然应具有独立的水、电、卫、厨等配套设施，或具备将来置备这些设施的条件。

3、分割后的房屋是否具有登记的可行性。

所谓法定形式上的独立性，又可称登记上的独立性，是指具有构造和使用上的独立性的专有部分，只有经过登记公示，分别登记为各区分所有权人所有，才成为各区分所有专有权的客体，才能具有法律上的独立性。若建筑物的各区分部分无法单独登记，只能归属一人所有时，此时权利人的权利也就不再是区分所有权。而是单独所有权，所有权的客体就成为了整个建筑物，也就不存在所谓专有部分的区分问题。因此，要成为专有部分，还应该按照法律规定的程序进行登记公示。实质上来讲，登记的可行性就包含了构造的独立性、利用的独立性两个要件，只有符合这两个要件，房产行政部门才会给予登记。

实践中，针对居住用房和非居住用房的不同类型，登记要求通常亦作相应区分。具体而言，以房屋使用性质为标准，通常可分为两类登记情况：一是对于住房类房屋，如果成套的，以套为基本登记单元，如果系非成套的，则以幢为登记的基本单元。二是对于非住房类房屋，其以幢、层、套、间为登记的基本单元，当然这些单元需要满足功能完整、能独立使用、有固定围护结构等要件。

就本案来讲，当事人要求对涉讼房屋的若干房间进行分割，在判断能否分割时，可直接对照上述的三个条件识别。首先，各房间不能满足构造之独立性要求，对于各房间本身虽然有墙壁、门窗等物体与其他房间隔离，似乎达到相对独立的程度，但是还不应该疏忽该房间附属的卫厨、通道等基本部分，该附属部分并未达到独立，而是需要两个当事人共有共用。其次，各房间亦不能满足利用之独立性要求，因为显然各房间不可能各自具有独立的出入口户与户外相通，另外如前所述，通道、卫、厨等设施在利用上不能独有独用。再次，各房间不能达到法定形式之独立性要求，根据《房屋登记办法》及上海市的技术规定，成套居住用房的登记最小基本单位为套，而非其中的单个或若干房间。总之，本案房屋中的各房间不符合专有部分的构成条件，该房屋只能作为一个整体存在，不能在其内部再予区分所有，当事人请求分割房屋的诉请不应得到支持。

不符合产权分割标准的如何处理。

在不符合产权分割标准，致使无法对房屋进行有形物理分割的情形下，各当事人对房屋共有的份额，只能是一种抽象的归属关系。份额对应的权利只能抽象地存在于共有物的任何一部分，并不针对共有物的某一个具体、特定的组成部分；各份额所分割的是权利，而不是共有的特定财产，并非对共有的该财产进行了实际的分割。如果各共有人针对共有物具体部分享有份额，那么该份额之上的权利与独立完整的所有权并没有什么实质性的区别，共有的价值和意义也就无从体现。换言之，共有的价值是由共有物的内在粘合性所决定的，各份额之价值依附于共有物的总体价值。

因此，各份额的对应部分为所有权的抽象分割，如果需要进行实体分割，一般应对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。当然，如果当事人不要求以价款的方式分割，则应从当事人分割之诉请的本质目的出发，进行合理裁判。通常来讲，当事人要求分割房屋，主要目的不是为了所享份额在有形实体上绝对分离，其实质上是要求确认相应份额的明确收益，作为生活用房，该收益就是取得对应份额房间的居住权利，故而可以在维护房屋整体利用价值的前提下，在内部的使用关系而非所有权关系上进行适当区分，既实现当事人诉讼目的，又保证了房屋价值得以充分发挥。

总之，在审理房屋分割案件中，在判断是否支持分割请求时，要重点审查分割后房屋是否符合构造上的独立性、利用上的独立性、登记的可行性等标准，以促进房屋价值的发挥。对于不符合分割标准的，应做好对当事人的释明工作，引导其选择折价补偿的处理方式，或者在确认共有份额的前提下，再对房屋各部位的使用权作确认区分。

代书遗嘱 为何纠纷频现 法官提醒：立遗嘱从形式到内容都有讲究

2013年10月29日 上海法治报 记者 胡蝶飞 通讯员 王伟 李迎昌



本期专家：

上海市第二中级人民法院岑华春（审判长）、李罡、王江峰法官均从事民事审判工作多年，拥有丰富的办案经验。

在中国传统观念的影响下，将毕生积累留给后代是老一辈心之所愿。当今中国，尤其是北京、上海等老龄化程度比较高的城市，通过订立遗嘱来处理身后事，已经成为不少老年人的选择。一些老人受身体原因，很多老人因身体状况、文化所限等原因，往往选择代书遗嘱的方式来分配遗产。

近期，上海市第二中级人民法院民一庭对近年来审理的代书遗嘱纠纷案件进行梳理，发现遗嘱继承纠纷中涉及代书遗嘱效力问题的案件呈增多趋势。立遗嘱人、代书人、见证人由于缺乏对遗嘱方面法律知识的了解，导致所立的遗嘱不符合法律规定的要件而无效。

如何让代书遗嘱从内容到形式都合法有效呢？法官透过案例为你解析支招。

案例一：

并非口述，

代书遗嘱有效吗？

【案件回放】

刘先生与颜女士有五个子女。多年来，刘老夫妻二人一直与孙子小军居住在一起，他们原先承租的金汤路公房购买为售后产权房时，登记的产权人为刘老夫妻和小军三个人的名字。

2012年，刘先生去世，颜女士将五个子女及小军告上法庭，要求对刘先生的遗产，即金汤路房屋三分之一的产权份额进行分割继承。

法庭上，小军拿出了一份遗嘱，该遗嘱载明立遗嘱人为刘先生、颜女士，内容为“立遗嘱人中的任何一个人去世，其在金汤路房屋中所享有的产权份额均赠与共有产权人孙子小军”，落款处分别有立遗嘱人的印章及两枚指纹印记，见证人的签名，代书人的印章，及立遗嘱时间。小军认为，按照遗嘱自己理应继承。对这份遗嘱，颜女士辩称，刘先生晚年患有老年痴呆，民事行为能力受限制，遗嘱代书人是孙子小军聘请的，且遗嘱是事先制作好后带到刘先生家中，遗嘱内容并没有读给刘先生听，见证人也未起到见证作用，无法确认刘先生的手印、图章是如何形成的。因此，该遗嘱应当认定无效。

遗嘱代书人出庭作证时称，当时是小军请他去做代书遗嘱的。代书的内容也是按照小军的陈述打印好后带到刘先生家中给两位老人读过的，但记不清当时刘先生是否签字、捺手印了。

法院审理后认为，本案涉及的代书遗嘱并非由代书人按照被继承人刘先生的口述制成，而是根据继承人小军告知的内容打印制作的，不存在代书人根据被继承人口述设立遗嘱的事实。而且，继承人小军告知的内容是否就是被继承人刘先生口述的内容，也无法证实。刘先生是否本人签字或者捺手印也已经无法证实，所以刘先生所立代书遗嘱无效。

法院最终判决刘先生的遗产由颜女士在内的六名继承人共同继承。

【法官简析】

承办该案的岑华春法官指出，代书遗嘱要求遗嘱人必须亲自口述遗嘱内容，而不是由代书人按照自己的意思设立遗嘱，也不是由代书人按照被继承人之外的其他人的口述设立遗嘱。代书人只能按照立遗嘱人的意思表示，如实记载立遗嘱人口述的遗嘱内容，而不可对遗嘱的内容作出实质性的修正或更改。

本案中，立遗嘱人并没有口述遗嘱的内容，而是由继承人小军陈述遗嘱的内容，难以认定为立遗嘱人的真实意思表示，所以遗嘱为无效。

案例二：

利害关系人

可以代书遗嘱吗？

【案件回放】

2007年，刚满60岁的陈阿婆因重病住院。病床前的陈阿婆对房子的事情始终放心不下。

原来，陈阿婆有四个子女，前些年小儿子看到父母住房困难，就贴补两位老人一笔钱，购买了陈阿婆夫妻居住的房屋。房屋产证注明产权人为陈阿婆、刘老汉和小儿媳、小孙女。近年来，四个子女之间因为生活琐事产生纠纷，陈阿婆担心在她离世后，因为房屋再起纷争，便跟老伴陈老汉商量立一个遗嘱。

陈阿婆找来小儿媳，让她按照自己和刘老汉意思用电脑打印了一张遗嘱，遗嘱上注明，刘老汉、陈阿婆夫妇现住上海市某路201室，该套房屋的产权由小儿子和小孙女继承所有。

随后，陈阿婆将另外三个子女叫到病床前，将遗嘱拿给他们看。三个子女同意父母对房产的处理，并在这份打印的遗嘱上签了名，刘老汉和陈阿婆也盖上了个人的印章。

然而，尽管有了遗嘱，陈阿婆和刘老汉相继离世后，四个兄妹也还是因为房产起了纠纷。2012年，陈阿婆的二儿子向法院提起诉讼，要求析产继承这套写有父母名字的房屋。

法院审理后认为，继承人、受遗赠人，或者与继承人、受遗赠人有利害关系的人不能作为代书遗嘱的见证人。本案中的代书人小儿媳与“遗嘱继承人”是夫妻关系，其作为代书人明显与继承法的相关规定不符，故法院认定该协议不符合代书遗嘱的形式要件。法院否定了这份“遗嘱”的效力。

遗嘱失去了效力后，本案所涉及到的房产应当按照法定继承的原则处理。鉴于两被继承人在生前确有将遗产交由小儿子继承的意思表示，兼顾小儿子对房屋出资贡献较大的因素，故法院终审判决在分割遗产时对小儿子给予适当的多分。

【法官简析】

承办该案的李罡法官指出，本案中的打印遗嘱由被继承人刘老汉的小儿媳起草，刘老汉盖章确认，从形式上属于代书遗嘱的性质，但由于代书人与继承人具有利害关系，小儿媳不符合代书人资格。

同时，该份遗嘱的见证人只有一人，不符合法律规定的两人以上在场见证的要求，在形式上有重大瑕疵。所以，刘老汉和陈阿婆让子女签署的这份带有遗嘱性质的协议，并不具有代书遗嘱的效力，最终，房产还是应按照法定继承原则进行分割。

案例三：

见证人不在场可以吗？

【案件回放】

林先生与前妻有一个儿子。步入中年，林先生与郑女士再婚，双方生了一个女儿。女儿出生后不久，林先生与郑女士夫妻关系恶化。

2010年，林先生得知自己生重病后，到法律服务所咨询遗嘱和继承的相关法律规定。林先生表达了自己立遗嘱的意愿，表示自己过世后想将房产留给儿子。法律服务所的工作人员小张按照林先生的表述，打印了一份遗嘱交给林先生，应林先生的邀请，小张在遗嘱上作为代书人、见证人签了名字。

林先生去世后，林先生的儿子与继母郑女士就遗产分割产生分歧，儿子拿出遗嘱，要求继承父亲名下的房产。而继母认为，林先生去世前眼睛有疾病，看不清楚遗嘱的文字，所以遗嘱应该是无效的。法院查明，林先生从法律服务所工作人员小张手中拿到打印的遗嘱时并没有当场签字。而是将这份打印的遗嘱拿回了家。此后，遗嘱的代书人小张并没有看到林先生签字的过程。

法院认定林先生的遗嘱是由小张代书的，按照法律规定代书遗嘱应当有两个以上的见证人在场见证。林先生的代书遗嘱只有小张一人起草、一人见证，而小张也没有看到林先生签字的经过。所以这份遗嘱是无效的。

最终，经法院调解，林先生的儿子与同父异母的妹妹及继母对房产作出了合理的分割。

【法官简析】

承办该案的吴江峰法官指出，按照我国《继承法》的规定，代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书。代书人和见证人应当见证立遗嘱人表述对财产处理的陈述并在遗嘱上签字的全过程。

本案林先生的遗嘱是由小张代为起草、打印的，是代书遗嘱。但这份遗嘱缺少法律规定的两个以上的见证人在场见证的形式要件，同时，小张作为代书人、见证人，他并未见证遗嘱最终形成的整个过程，违反了见证人须在场见证的法律规定，所以是无效的。

（文中人物均为化名）

法治报记者 胡蝶飞通讯员 王伟 李迎昌

■法官点评

如何让代书遗嘱合法有效？

在中国传统观念的影响下，将毕生积累留给后代是老一辈心之所愿。当今中国，尤其是北京、上海等老龄化程度比较高的城市，通过订立遗嘱来处理身后事，已经成为不少老年人的选择。

遗嘱在法理上是一种要式民事法律行为，通俗地讲，就是法律对遗嘱的形式有具体而明确的规定，公民只有按照法律规定的方式和要求设立遗嘱，遗嘱才合法有效。

根据继承法的规定，遗嘱可分为公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音形式的遗嘱和口头遗嘱。公证遗嘱由遗嘱人经公证机关办理；自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写、签名，注明年、月、日；代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名；以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证；口头遗嘱是遗嘱人在危急情况下的选择，应当有两个以上见证人在场见证，在危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。

现实生活中，很多老人因身体状况、文化所限等原因，往往选择代书遗嘱的方式来分配遗产。但是，从诸多案例中不难看出，很多代书遗嘱都因形式上的不完备而产生争议，因“失之毫厘”而“谬以千里”，比如见证人数未达法定人数，见证过程不完整等等。一份有效的代书遗嘱会达成被继承人的最后心愿，而一份不完美的代书遗嘱会让继承人之间产生猜疑、争执、怨恨甚至对簿公堂。

怎样才能订立一份合法有效的代书遗嘱呢？法官提醒应特别注意以下三点：首先是见证人问题。代书遗嘱见证人应具有行为能力，人数应是两人以上，且必须由其中一人代书。还须注意的是，见证人与继承人须无利害关系，见证人若与继承人有利利害关系，容易产生利益上的裹挟，违反被继承人的真实意愿，因此法律予以禁止。

其次，在被继承人订立遗嘱过程中，见证人必须自始至终在现场见证整个遗嘱订立的过程，见证人在遗嘱订立中途始加入见证，或者在订立过程中临时走开，并未见证整个过程，事后回到现场签字，且未对遗嘱见证的部分进行重新确认，又或者见证人自身并未见证，仅是事后听闻后在遗嘱上签字以凑齐法定人数等情形，都会导致见证人无法了解遗嘱内容是否是被继承人的真实意思，进而导致遗嘱无效。

最后，代书遗嘱的形式完备至关重要，代书遗嘱的签字、署名等“细枝末节”问题都会关乎遗嘱的效力，因此法律对此均有苛刻的规定。被继承人的签字关系遗嘱是否是其真实意思，见证人的签字则关乎代书遗嘱是否经其见证，而用盖章、捺印的方式代替签字易产生真伪难辨的状态，影响对遗嘱效力的判断。遗嘱订立时间应清晰记载年、月、日，否则订立时间难以判断，会增加了解案件事实的难度，同时在有数份遗嘱的情况下，遗嘱订立的时间是判断何份遗嘱为最后遗嘱的唯一依据。

争要抚养权被拒绝 男子请求亲子鉴定 法官：谁拒绝亲子鉴定谁承担不利后果

2013年09月12日 重庆法制 陈晓容

女友去世后，非婚生的女儿让外婆养着，为了要回孩子的抚养权，江津男子将孩子外婆告到法院，由于孩子外婆拒绝交出孩子做亲子鉴定，近日，江津区法院审理后判决孩子外婆败诉。

2007年夏天，肖芳与邹刚经人介绍开始恋爱，2008年初，肖芳怀孕，并于同年11月8日剖腹产下一女。手术前，未婚的两人以夫妻名义在手术知情同意书上签名。2009年年底，因性格不和，肖芳和邹刚分手，2010年10月13日肖芳为孩子补报出生登记，落户在肖芳户籍上，取名肖彤彤。

2011年12月7日肖芳因工死亡，肖彤彤由外婆陈萍照顾。不久，邹刚得知肖芳死讯，遂向陈萍提出自己抚养孩子，遭到陈萍拒绝。陈萍认为邹刚不是肖彤彤的生父，争取抚养权只是为了要得到肖芳的死亡赔偿金。

索要女儿不成，邹刚将陈萍告到法院，请求通过亲子鉴定确认肖彤彤是他的亲生女儿，同时请求抚养肖彤彤。虽然接到法院的通知，但是外婆陈萍拒绝孩子与邹刚做亲子鉴定。

由于陈萍拒绝将孩子送去做亲子鉴定，法院审理后认为，肖彤彤的外婆陈萍在法院规定的时间内拒绝做亲子鉴定，根据国家相关法律法规的规定，判决确认邹刚是肖彤彤的亲生父亲，肖彤彤由邹刚直接抚养。

法官说法：

亲子鉴定是一个敏感话题，涉及身份关系、人与人之间亲情关系的变化，还关系到孩子抚养权及抚养费的处理，应当遵循当事人自愿原则。双方当事人同意做亲子鉴定的，一般应予准许；如果被申请人无理拒绝配合做亲子鉴定，导致亲子关系无法确认的，可以推定对其不利的事实成立。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第二条第二款规定：当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以确定请求确认亲子关系一方的主张成立。但应当严格掌握以下条件：一、子女本人尚未成年，亟需抚养和教育；二、提出申请的一方已经完成了与其请求相当的证明责任；三、被申请人提供不出足以推翻非亲子关系存在的证据；四、被申请人拒绝配合做亲子鉴定。只有同时具备上述条件，才能推定对其不利的事实成立。

肖彤彤是肖芳与邹刚非婚同居期间所生，肖彤彤的外婆陈萍对此也没有否认。根据这个事实，可推定肖彤彤是邹刚的亲生女儿。而陈萍认为邹刚不是肖彤彤的亲生父亲，并不能举出相应的证据。而邹刚申请亲子鉴定，陈萍却拒不配合，不利后果就应由陈萍来承担。

房产登记在夫妻一方名下是否为共有

2013年09月27日 江苏法制报 王鹏 葛家栋

夫妻在婚姻关系存续期间取得的不动产，登记在双方名下的，属于夫妻共同财产不存在争议，但仅登记在一人名下的，部分代理人及法官认为根据物权公示公信原则应属于登记权利人的个人财产，登记权利人有完全的处分权。

根据《婚姻法》第十七条及相关司法解释的规定，婚姻关系存续期间取得的财产原则上应为夫妻共同财产，但遗嘱或者赠与合同中明确只归一方所有的除外。夫妻关系存续期间取得的不动产，除非受继承、赠与而明确只归一方所有，即不动产系受赠与、遗嘱继承而登记在一方名下，在其他取得途径中，因夫妻双方家庭地位或者其他原因而仅登记在一方名下的，根据婚姻法的精神应当属于共同财产。

《物权法》第九条规定我国不动产物权变动采登记生效主义，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记发生法律效力，不登记不发生效力。登记作为不动产物权变动的公示方式，应当具备公信力，第三人有理由相信登记记载的正确性而与登记权利人为交易。不动产登记公信力在立法例有绝对公信力和相对公信力之分。采绝对公信力的立法例上，登记的物权具有正确、完整的效力，即登记的物权被推定为存在的（正确效力），没有被登记的物权即被推定为不存在的（完整效力）。而我国物权法放弃了绝对公信力思路，采取了不动产善意取得的思路，物权法第十六条规定的不动产登记的效力仅仅是相对的公信力。不动产善意取得制度的基础在于不动产登记的相对公信力，登记权利人与真实权利人并非完全一致，交易相对人基于对不动产登记簿的信赖，仅在其为善意时，可以取得不动产所有权。在绝对公信力下，不动产登记权利人即真实唯一的，不具备不动产物权善意取得

的制度基础。在相关司法解释中可以看到最高司法机关对登记相对公信力的明确态度，例如《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第二条第三款“对于第三人占有的动产或者登记在第三人名下的不动产、特定动产及其他财产权，第三人书面确认该财产属于被执行人的，人民法院可以查封、扣押、冻结”，第十七条“被执行人将其所有的需要办理过户登记的财产出卖给第三人，第三人已经支付部分或者全部价款并实际占有该财产，但尚未办理产权过户登记手续的，人民法院可以查封、扣押、冻结；第三人已经支付全部价款并实际占有，但未办理过户登记手续的，如果第三人对此没有过错，人民法院不得查封、扣押、冻结”。所以在奉行不动产登记相对公信力的立法体制下，《婚姻法》、《物权法》相关规定不存在冲突，婚姻关系存续期间取得的不动产不一定因登记在一方名下而成为个人财产，登记权利人不一定具备完全的处分权。

曹守晔：民事诉讼证据制度的完善和发展

2013年11月01日 中国民商法律网 曹守晔

2010年10月27日，在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议上，最高人民法院“面对实现人民法院科学发展的新要求，民事审判体制机制还有许多不适应的地方，民事诉讼程序及证据制度有待进一步完善”，故建议加快民事诉讼法修订工作：“……进一步改革和完善民事诉讼证据制度，建立既尊重司法规律又符合中国国情的民事证据制度。”从修改后的民事诉讼法来看，立法机关采纳了这一建议，修改内容直接涉及证据的有九条，占全部修改决定的六分之一。

现就民事诉讼证据制度的基本概念、立法完善、修改意旨、创新发展等略述己见。

一、民事诉讼证据制度的基本概念

民事诉讼证据是整个民事诉讼的核心，整个民事诉讼活动都是围绕证据——证据收集、保全、庭前交换、取证、查证、举证、质证、辩论、作证、伪证、灭证、听证、辨证、鉴证、公证、认证以及证据的采信、运用等一一而展开的，民事诉讼证据制度自然成为民事诉讼的基本制度之一。民事诉讼证据规则是民事法律适用的基石，是正当诉讼程序的基础，是民事司法权威的保障。因而，修改民事诉讼证据规则、完善民事诉讼证据制度必然成为立法机关修改民事诉讼法的重点之一。

所谓证据，指的是能够证明案件真实情况的各种事实，也是人民法院认定有争议的案件事实的根据。一个国家诉讼制度的先进、公正与否最终取决于其证据制度，证据制度是诉讼制度的核心内容，而证据规则又是证据制度的核心。对于任何一个文明国家，具有一个健全法制的前提之一就是具有一套比较完善的证据制度。

证据是证明案件事实的依据，是诉讼的核心问题。可以说全部诉讼活动都是在围绕证据的搜集和运用进行的。民事证据应当具有客观性、关联性和合法性。所谓民事证据的客观性，是指证据事实客观存在，即具有客观性。客观性是指民事诉讼证据本身是客观的、真实的，而不是想象的、虚构的、捏造的。所谓关联性，是指证据与证明对象之间具有的某种内在的联系。所谓合法性，是指证据必须符合法律的要求，不为法律禁止，即具有合法性。合法性不仅指证据必须按照法定程序收集和提供，还必须符合法律规定的条件。概括起来，合法性包括以下三个方面内容：收集证据的合法性；证据形式的合法性；证据材料转化为证据的合法性。证据材料要成为证据必须经过法律规定的程序。合法性就是说证据的调查、收集、审查都必须符合法定的程序，否则，就不能作为定案的依据。比如用盗窃的方法取得借据，或者以私拆他人的信件为手段获取的证据都是非法证据。非法证据在美国被喻为“毒树之果”，不论这种果实看起来多么诱人，均被推定为有毒而加以排斥。

诉讼的关键是证据，审判的核心也是证据。修改后的民事诉讼法的有效实施和公正适用，取决于当事人和法官在准确理解立法精神的基础上牢固的证据意识和良好的证据知识体系。在中国特色社会主义法律体系形成以后，中国法治的重点将由“有法可依”转为“有法必依、执法必严、司法必公、违法必究”。换言之，法律的实施包括修改后的民事诉讼法的实施已经成为法治的关键，对于法院法官而言，只有通过以事实为根据以法律为准绳办案适用法律，通过长期积累才有可能取得司法经验，积累司法与知识与艺术相结合的经验，积累司法与现代技术相结合的经验。“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”这里的“经验”不是主观的先验，而是客观的司法实践，霍姆斯^{1}认为，“核心是将事实转化为证据的经验，是通过法律概念与证据的链接，而把法律规则和原则，适用于具体事实的经验”。

二、民事诉讼证据制度的立法完善

2012年我国民事诉讼法修改的主要内容之一是完善了证据制度和证人制度。主要体现为如下6点：1.明确增加电子数据单独作为新的证据种类。2.明确规定举证时限制度。3.完善了证人出庭以及费用负担制度。4.在鉴定制度方面，当事人启动鉴定程序、鉴定人的确定、法院的职权鉴定、鉴定人出庭义务及不出庭的法律效果、专家意见等。5.增设了诉前和仲裁前证据保全制度。6.明确规定证据签收制度。现分述如下。

1.明确规定电子数据作为一种新的证据种类。其理由，一是与相关立法相衔接。在现行立法中，1999年合同法第十一条规定了数据电文包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件，都属于合同书面形式。2001年修订的税收征收管理法规定了数据电文形式的行政许可申请、2003年行政许可法规定了数据电文形式的税务申报，2004年电子签名法第二条规定：“本法所称电子签名，是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。本法所称数据电文，是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接

收或者储存的信息。”第七条明确规定：“数据电文不得仅因为其是以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的而被拒绝作为证据使用。”人民法院审查数据电文作为证据的真实性，应当考虑以下因素：（一）生成、储存或者传递数据电文方法的可靠性；（二）保持内容完整性方法的可靠性；（三）用以鉴别发件人方法的可靠性；（四）其他相关因素。二是与司法实践相衔接。在司法实践中，电子数据也早已作为证明案件事实的证据大量地在诉讼中使用，最高人民法院在2006年关于适用仲裁法的解释、2008年关于审理民事案件适用诉讼时效制度的规定、2009年关于审理行政许可案件的规定等司法解释中也出现了数据电文、电子数据的概念，只是民事诉讼法在2012年修改以前没有明确单独作为一类证据，学理上有学者主张单列，有的将这类证据归入视听资料。三是与市场经济和日常生活实践相衔接。随着科技的飞速发展和信息电子化，电子数据越来越多地出现在经济贸易和我们日常生活之中。电子数据，在诉讼中过去也称电子证据，是指基于电子技术生成、以数字化形式存在于磁盘、磁带等载体，其内容可与载体分离，并可多次复制到其他载体的，能够证明案件事实的数据。电子合同、电子票据、电子提单、电子保险单、电子仲裁协议、电子签名、电子发票、电子文章、电子邮件、短信、光盘、网页、域名等都涉及到电子数据，当事人用这些电子数据可以在诉讼中证明某一事实。四是与诉讼当事人的诉讼便捷期待相呼应。现代生活快节奏高频率，当事人期待更方便、更快捷、更经济地参与诉讼。民事诉讼法明确规定电子数据作为证据，将大大有利于当事人更方便地收集这类证据和更低成本地举证，在诉讼的便民、高效方面起到促进作用。

2.明确规定举证时限（效）制度以及举证迟延的法律后果。修改后的民事诉讼法第六十五条规定了当事人对自己提出的主张及时举证的义务：“当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应当提供的证据及其期限。当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向人民法院申请延长期限，人民法院根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫、罚款。”正式从立法上确立了举证时限（效）制度。这是人民法院历经20年摸索探索的结果。

所谓举证时效，是指负有举证责任的当事人应当在一定期限内举证；因客观原因不能在举证期限以内举证的，应当在举证期限届满以前向人民法院申请延期；超过举证期限或者延长的期限举证的，人民法院不予采信。最高人民法院1992年就已经开始探索，譬如《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》第76条规定：“人民法院对当事人一时不能提交证据的，应根据具体情况，指定其在合理期限内提交。当事人在指定期限内提交确有困难的，应在指定期限届满以前，向人民法院申请延期。延长的期限由人民法院决定。”

1998年最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》进一步肯定了举证逾期的责任——赔偿对方损失的做法：“一方当事人提出新证据致使案件被发回重审的，对方当事人有权要求其补偿误工费、差旅费等费用。”当时笔者认为，从民事经济审判方式改革的方向看，有限失权的做法似乎更符合司法公正、高效的目标。在举证时效问题上，笔者赞成“鼓励试、允许看、不争论”的思维方式，使举证时效制度的试行与二审法律审的定位相呼应、相配套。

2000年最高人民法院《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第12条规定：在票据诉讼中，负有举证责任的票据当事人应当在一审人民法院法庭辩论结束以前提供证据。因客观原因不能在上述举证期限以内提供的，应当在举证期限届满以前向人民法院申请延期。延长的期限由人民法院根据案件的具体情况决定。票据当事人在一审人民法院审理期间隐匿票据、故意有证不举，应当承担相应的诉讼后果。这里的后果就包括不予采信证据、训诫和罚款。

2002年，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）对举证时限问题作了进一步的规定，对“新证据”作了界定。“新证据”不受举证时限限制。根据《证据规定》，在民事诉讼过程中，负有举证责任的当事人为证明自己的诉讼主张，向法院提出证据经协商或者指定的期限内，故意或者存在重大过失时，逾期不举证即承担失权法律后果的一项民事诉讼期间制度。在此以前我国民事审判实践中，出于追求“客观真实”的诉讼理念，依照当时的民事诉讼法实际执行的一直是“证据随时提出主义”，即当事人在审判过程中的任何阶段均可向法院提供证据以证明案件事实。对于这种是“证据随时提出主义”，我国的审判实践已经证明：正是由于当事人举证时间的无限制性、无原则性，导致大量诉讼案件或久拖不决，或反复审理，严重浪费司法资源，严重影响司法权威和司法公信，严重影响法律实施的效果。所以，在不放弃追求客观真实的同时，或者说追求客观真实而不能时，以“法律真实”和司法效率的诉讼理念（即案件事实的认定符合法律规定即可确认真实）为指导，设立举证时限制度，规范当事人的举证行为，及时审理案件，更好地保障当事人的合法权益。

根据《证据规定》，当事人在举证期限内不提供证据材料的，将导致证据失权（即视为放弃举证权利）的法律后果，因此，举证时限对当事人的诉讼权利影响很大。为保证当事人诉讼权利的充分行使和诉讼程序的顺利进行，民事诉讼举证时限制度的内容主要包括以下三个方面的内容。第一，确定人民法院应当在诉讼中充分行使释明职责，在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时，向当事人送达举证通知书，根据不同案件类型的特点载明举证责任分配的原则和要求、可以向人民法院申请调查收集证据的情形、根据案件情况指定的举证期限以及逾期提供证据的法律后果。第二，举证时限的确定方式设定为两种：其一，举证期限可以由当事人协商一致，并经人民法院认可。其二，举证期限由人民法院指定。当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期

限内不提交的,视为放弃举证权利。对于当事人逾期提交的证据材料,人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的,应当在举证期限届满前提出。由人民法院指定举证期限的情况下,举证期限不能少于30日(简易程序不受此限)。第三,当事人在举证期限内提交证据确有困难的,可以在举证期限内申请延期举证。当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的,应当在举证期限内向人民法院申请延期举证,经人民法院准许可以适当延长举证期限。当事人在延长的举证期限内提交证据材料仍有困难的,可以再次提出延期申请,是否准许由人民法院决定。第四,当事人举证期限届满后提供的证据不是新的证据的,人民法院不予采纳。当事人经人民法院准许延期举证,但因客观原因未能在准许的期限内提供,且不审理该证据可能导致裁判明显不公的,其提供的证据可视为新的证据。

该规定自2002年4月施行以来,随着新情况、新问题的出现,一些地方对其中的个别条款,特别是有关举证时限的规定理解不统一。为此,最高人民法院2008年向全国法院下发《关于适用〈最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证时限规定的通知》(以下简称《通知》),要求各级法院切实保障当事人诉讼权利的充分行使,保障法院公正高效行使审判权,并对民事诉讼举证时限进行了规范。为切实解决审判实践中举证时限制度的操作性问题,《通知》没有追求内容的体系化和系统性,而是着眼于有针对性地解决审判实践中的问题。

正确理解和适用举证期限,对于举证时限制度功能的发挥,对于当事人诉讼权利的公平保护,防止裁判突袭和证据突袭,具有十分积极的作用。《通知》对《证据规定》中第33条第3款规定的举证期限、适用简易程序审理案件的举证期限、当事人提出管辖权异议后的举证期限问题、人民法院依职权调查收集的证据提出相反证据的举证期限、增加当事人的举证期限等作出了规定。

新证据的认定问题,是近年来民事审判实践中的热点和难点。《通知》从两个方面提出解决的思路:一是通过对举证期限的理解,在一定程度上减少新证据的出现。二是通过规定认定新的证据的指导性标准,为人民法院在适用中提供参考。《通知》为此提出,在期限内是否已经客观存在和未提交证据是否存在故意或者重大过失作为认定新的证据时的参考因素。这样能够在一定程度上减少人民法院在新的证据认定上的随意性,为人民法院在认定新的证据的过程中提供裁量的尺度。

2012年民事诉讼法的修改吸纳了最高人民法院关于举证时限(效)的司法解释以及举证时限(效)实践的经验和,在法律上确立了举证时限(效)制度。其第六十五条明确规定,对于当事人逾期提供证据的,人民法院应当责令其说明理由;逾期提供证据的理由不成立的,人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据,或者采纳该证据但予以训诫、罚款。

3.证人制度的完善。(1)明确规定在因健康原因、因路途遥远交通不便、因自然灾害等不可抗力以及其他有正当理由不能出庭的四种情形下证人可以不出庭,而以书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证。(2)明确规定证人出庭作证费用的负担。证人作证费用的负担问题是影响证人出庭作证的一个重要因素。修改后的民事诉讼法规定,证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用以及误工损失,由败诉一方当事人负担。当事人申请证人作证的,由该当事人先行垫付;当事人没有申请,人民法院通知证人作证的,由人民法院先行垫付。这一规定在一定程度上解除了证人的后顾之忧。

4.在鉴定制度方面,修改后的民事诉讼法也有改进完善,包括鉴定程序启动、鉴定人的确定、法院的职权鉴定、鉴定人出庭义务及不出庭的法律效果、专家辅助人制度(即当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见)等。值得注意的是,原来的“鉴定结论”修改为“鉴定意见”,好处一是文字表述更为准确,将鉴定结果定性为意见证据,而不是法官可以唯“鉴定结论”是从的最终判断;二是鉴定只是一种专业意见,只能供法官参考,不能取代法官的自由裁量和独立判断,不能作为结论证据,只是一种意见证据。有学者认为:建筑工程造价“以鉴代审”现象起因于法官缺乏建筑专业知识,但根本原因是制度缺失。2012年修改后的民事诉讼法第七十六条赋予当事人启动鉴定程序的申请权,有利于防止少数法官应当鉴定而不鉴定、实际上剥夺了当事人的诉讼权利,导致裁判不公的现象,以保护当事人的诉权,也有利于法官中立、独立审判。{2}

5.增设了诉前和仲裁前证据保全制度。为了防止证据灭失或者难以取得,在情况紧急时,利害关系人可以提起诉讼或者申请仲裁前向人民法院申请保全证据,进一步完善了证据保全制度。

6.明确规定证据签收制度。修改后的民事诉讼法吸收了最高人民法院司法解释的内容,第六十六条规定人民法院对于当事人提交的证据材料,应当予以签收:“人民法院收到当事人提交的证据材料,应当出具收据,写明证据名称、页数、份数、原件或者复印件以及收到时间等,并由经办人员签名或者盖章。”这既避免了证据材料的遗失,也避免了当事人与法院之间就此发生的争议。针对极少数审判人员责任心不强丢失证据的情况,为了规范证据交付行为,最高人民法院1998年《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第4条作出了审判人员收到当事人或者其诉讼代理人递交的证据材料应当出具收据的规定。这是对《意见》第71条的重申,同时也有补充,即根据审判实践中不少证据都是由诉讼代理人递交证据的情况,增加了诉讼代理人作为递交证据的主体。审判人员丢失证据或者因过失损毁证据材料,造成严重后果的,应当承担违法审判责任。修改后的民事诉讼法没有提及诉讼代理人作为递交证据的主体的情况,应当继续适用现行司法解释。

三、民事诉讼证据制度的修改意见

强化诉权保障

诉权是当事人诉讼权利的集合性范畴。1991年4月9日民事诉讼法第一次修改时率先提出了诉权保障的立法命题，其在第二条将“保护当事人行使诉讼权利”作为首要任务加以规定。本次修法依然对诉权保障加以强调，不仅在数量意义上扩展了诉权的范围，而且在质量意义上丰富了诉权的内涵，完善了保障诉权得以实现的各项机制。

主要表现为：其一，更加重视对诉权的源头保障。修改后的民事诉讼法第一百二十三条增设规定：“人民法院应当保障当事人依照法律规定享有的起诉权利。”其二，更加重视对诉权的具体保障。譬如增加了证据的种类：电子数据；明确规定证据签收制度；增加了当事人启动鉴定程序的权利，规范了鉴定部门出具的是鉴定意见而不是鉴定结论，以避免实践中有的法院实际存在的以鉴定结论代替审判的被动不作为倾向；明确规定了举证期限，以提高诉讼效率；完善了证人制度；增加了诉前证据保全的规定；完善对第三人诉权的救济制度，规定对于有独立请求权和无独立请求权的第三人，因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。

强化诚实信用

如何在民事诉讼证据制度中具体落实和合理适用诚实信用原则是需要深入研究和探索的问题。需要司法解释对具体规范进一步细化，以便将诚实信用原则落实到证据制度中。

近些年来，人们对民事诉讼中证据突袭、虚假证据、作伪证等违反民事诉讼诚实信用的行为极为不满。民事诉讼法修改明确规定进行民事诉讼应当遵循诚实信用原则，并将此内容与当事人处分原则合并规定在第十三条中，强调了当事人诉讼行为的诚信义务。

诚实信用作为民事诉讼主体必须遵循的基本原则，虽然已经条文化，但在司法应用方面依然面临着一些问题。这种抽象原则的规制意义体现在可以作为人民法院裁判的解释基础和根据。例如，对于当事人迟延提出攻击和防御性证据的处置。从大陆法系国家诚实信用原则的适用来看，大体上可以归类为以下情形：真实义务；促进诉讼的义务；禁止以欺骗方法形成不正当诉讼状态；禁反言，日本又将其扩展或概括为禁止矛盾行为；禁止滥用诉讼上权能；诉讼上权能的丧失。相应地，在证据方面，当事人就负有如下义务：提供真实证据促进诉讼的义务；不提供虚假证据拖延诉讼的义务；不以欺骗方法制造证据、取证、举证形成虚假诉讼状态；不先后提供相互矛盾的证据；不滥用诉讼上权能申请人民法院、人民检察院调查；因非法取证、逾期举证导致诉讼上权能的丧失。

强化证据协同（程序对弈）

中国民事诉讼模式以当事人注意为主，依职权主义为辅，当前正处于由职权主义向当事人主义的转型过程中，为了完成好这种转型，不可或缺的立法任务便是对民事诉讼程序从宏观到微观进行全方位的程序对弈机制建设。本次修法在诸多方面表现出了立法者的此种努力。比如规定了在审前阶段的证据交换制度，其不仅本身即为程序对弈机制，而且也作为当事人更好地进行诉讼对抗提供了保障；强化了证人出庭作证和鉴定人出庭接受质证的义务等。

强化检察监督

2012年民事诉讼法第二百一十条赋予人民检察院调查核实的权力：“人民检察院因履行法律监督职责提出检察建议或者抗诉的需要，可以向当事人或者案外人调查核实有关情况。”这里规定的人民检察院调查核实证据的权力不得违反民事诉讼处分原则和平等原则。

民事诉讼中的处分原则主要体现为当事人对自己诉讼权利和民事权利的自主支配和掌控，平等原则主要体现在双方当事人平等的诉讼权利和义务方面，作为国家的检察院的调查权应当慎重行使。人民检察院行使调查权时，一是应当充分尊重当事人意思自治和平等的理念，充分尊重当事人的意愿和诉权，尊重并保护民事诉讼当事人和接受调查的案外人的合法权益，不能代替当事人主张或放弃权利，不能成为一方当事人民事权利的代表或者代理人，尊重当事人在法律范围内的处分权，防治和避免检查调查的异化、偏差和不当介入。二是应当严格遵守法律，自觉严守检察权的边界，不得违背立法精神，不得越权解释法律进行自我授权，防止和制止调查公权的滥用和私用，注意在履行监督职责的范围以内，根据提出检察建议或者抗诉工作的需要进行调查核实。三是行使调查权不应当超出为了对生效法律文书提出检察建议或者抗诉而需要了解情况的具体范围，不应当运用审讯的方式向当事人或者案外人调查，不应当向当事人或者案外人以外的审判人员调查，绝不能当成刑事侦查权来行使。四是行使调查权应当尊重审判权，强化监督与支持并重的理念，与人民法院共同维护司法公正和司法权威。

在检察监督中亟需规范新增加的检察机关调查权问题，譬如调查权行使程序的启动、规范和制约，调查的组织、调查的范围、调查的方式、调查的程序、调查的效力、调查的责任，调查证据的质证，如何防止调查权的滥用，如何避免选择性调查，如何界分与当事人举证责任的关系，如何界分与刑事侦查的关系等问题。全国人大法律委员会认为，如何规范法律监督的范围和方式，完善法律监督程序，加强法律监督保障，是一个需要深入研究的问题。在2012年3月举行的十一届全国人大五次会议期间，金硕仁等全国人大代表提出2件议案，建议制定法律监督法，明确规定检察机关行使法律监督的职责，以及法律监督与三个诉讼法律之间的衔接。

规范检察机关在法律监督过程中行使调查公权问题，直接涉及民事司法公正能否实现。而这一点在立法时却被忽视了，只想到赋权、扩权、强权，忘记把检察机关调查权关进法治笼子里了。

他山之石可以攻玉。外国法律关于检察机关对民事抗诉案件调查权的规定绝无仅有，那么，对向案外人即第三方、对方当事人调查收集证据是怎样规定的呢？似乎也可资借鉴。

1. 向第三方收集证据。外国法律向第三方收集证据的方式，包括言词证据收集和实物证据收集两种。

(1)言词证据。英国的证据开示通常只限于在双方当事人之间进行，而不能针对案外第三人。第三人只能在开庭时被传出庭作证，或被传到庭并携带文书。英国法上的笔录证言目的在于保全证据，通常情况下当事人不能在审前强制证人提供证言，只有在证人不可能出庭口头作证的情况下，才可以申请法院签发命令，要求笔录证言。在美国，诉讼外第三者的证据提供义务与当事人没有区别，证据开示的范围只受相关性和秘密特权的限制。《联邦民事诉讼规则》第 26 条 b 款第(1)项规定，只要该文书“看起来可能会引出所许可的证据即可要求对方或第三人提供”。当事人可以在庭外进行笔录证言。法国法在向第三人收集证据方面，规定第三人对案件事实作证是法律上的义务，法官可以依职权或当事人申请传唤任何有利于查明案件事实真相的人提供证言。法国法还有与美国笔录证言相类似的证人陈述书——即由证人所提供的对案件事实的书面陈述，有了证人陈述书就无需再传唤证人作证。法官应将其直接寄送的证人陈述书传达给各方当事人。德国民事诉讼法规定了包括到场义务、宣誓义务及陈述义务在内的普遍的证言义务，强制证人出庭只能依一方当事人向法院申请进行。日本民事诉讼法第 190 条确定了证人作证的普遍义务。一般只是在寻求事先的接触的努力没有成功，但又认为该证人证言很可能有利于己方时，当事人才会向法院提出证据申请，通过法律上规定的证人义务来强制这些证人作证。

(2)实物证据。英国 1999 年民事诉讼规则扩大了诉讼外第三人的文书披露义务，但有严格的条件限制：首先，要求披露的文书可能对申请人有利或对诉讼中的其他当事人不利；其次，文书披露是为公正解决争议或节约诉讼成本所必须。只要满足以上条件，当事人就可以向法院申请，要求诉讼外的第三人在审前披露文书。申请人应指明应披露的文书，不能太空泛，以避免使诉讼过度打扰第三者。在美国，当事人可以要求第三人提供文书和物证，经法院同意还可以检查受害人的身体和精神状况。向诉讼外第三人收集证据必须向法院申请，由法院书记官签发命令第三人出庭作证或者交出有关文件或物证的传票，这种申请只是为了借助法院的名义而并不意味着当事人收集证据的活动要受到法院的实质审查。反对证据收集的一方必须承担说服法院相信另一方所寻求的证据没有相关性或己方有不予开示特权的证明责任。在法国，就书证来说，当事人可以向法官提出请求，由法官发出命令要求持有该书证或证书的第三人提交书证或证书的复印件或原件。第三人拒不交出时且又无正当理由时，法官可给予第三人强制处分的决定。在德国，诉讼外第三人并没有提供书证的一般义务，强制第三人提供文书的唯一方式是对其提起诉讼，然后通过强制执行的方法达成目的。诉讼外的第三人也并没有一般的勘验容忍义务，这种义务通常由实体法规定。

2. 向对方当事人收集证据。外国向对方当事人收集证据的方式，包括言词证据收集和实物证据收集两种。

(1)言词证据。英国法不允许在庭外笔录对方当事人的陈述，只能要求对方以宣誓的方式书面答复问题，以节约时间和费用(这和美国法允许在庭外笔录对方当事人的陈述有明显的不同)；还可以要求对方当事人对书证材料和事实进行自认。在美国，当事人可以要求对方当事人对某一事实和书证的真实性作出自认，向对方当事人送达质问书要求回答问题，在庭外笔录对方当事人的陈述。向对方当事人搜集证据无需通过法院，向对方提出通知或请求后在法院外径行进行。法国民事诉讼法第 184 条规定了法官依职权将当事人传唤到庭加以询问的制度，排除了当事人自行收集对方当事人陈述。法律还规定了裁判上的宣誓制度。一旦当事人对与争点有关的事实进行宣誓，将产生使当事人的诉讼请求得以直接确认的结果，法律规定对于不实的宣誓将课以刑事责任。在德国法上，当事人不属于证人，除了法定的真实义务外，并不能作为证人进行询问，被申请询问的当事人只作为辅助性的证据手段而被许可。

(2)实物证据。英国法规定，当事人可以要求对方当事人披露文件以便查阅，这包括双方交换书面的证人证言和鉴定报告；可以勘验对方的不动产或动产。在美国，当事人可以要求对方当事人提供文书或物证，调查对方当事人有关的地产，经法院同意，还可以检查受害人的身体和精神状况。法国民事诉讼法第 132 条第 1 款规定：“当事人一方援引书证时，应将该书证传达给其他所有的诉讼当事人。”如果有传达书证义务的当事人在法官作出传达命令后仍不履行义务的，法官可以作出间接强制的支付命令；造成迟延的，法官在辩论程序中不得接受该书证。在德国法上，当事人双方间也没有提供书证的一般义务，除了自己在诉讼中引用过的文书以外，只有在根据实体法有权获得某一文书时，当事人才有提供义务。若勘验物为对方当事人掌握而对方当事人拒绝提出，则可作出对其不利的认定。日本民事诉讼法除了承继旧法列举的四类文书外，将文书持有者提出文书规定为一般义务。除一些特殊的例外情况，寻求强制对方提出特定文书的当事人必须以书面的形式向裁判所提出申请，由法院对文书的性质进行审查判断后发出文书提出命令。为了帮助当事人互相了解有关的信息，还仿照美国的质问书制度，新设了“当事人照会”制度，规定一方当事人可以用书面方式向对方就其主张和掌握的证据等事项提出询问。

四、民事证据制度的创新发展

举证时限制度

人们对公平正义的追求由来已久。尽管正义的涵义就像博登海默所说的“具有一张普洛秀斯似的脸，变幻无常，随时可呈现不同形式，并具有极不相同的面貌，但正义总是被视为人类社会的崇高理想和美德，并成为人们评价是非的基本标准。在现代社会，司法活动作为运用法律解决纠纷的活动，就是要对社会中存在的遭到破坏的和扭曲的权利义务关系加以矫正或消除，使出现的冲突予以合理的公正的解决。”司法的目的在于主持公道，而人民法院的任务则是依法独立审判，公道地、不偏不倚地适用法律解决争议、定分止争。公正是司法的生命源泉，司法本身要求具有公正性，司法是公正的艺术。正如王胜俊院长所说：“司法是一门发现的艺术，是根据现有的证据发现和推定过去事实的一种专门活动，它要求法官必须熟悉程序、精通规则、善于推理；司法是一门判断的艺术，是根据案件事实判断是非、真伪、善恶的一种专门活动，它要求法官必须通晓法律、熟谙法理、精于事理。”

司法公正是指司法审判人员在司法审判活动中的过程和结果中应坚持和体现公正的原则。司法是司法过程和司法裁判结果的有机统一。当事人在起诉前和诉讼时：一是要求得到公正的裁判结果——实体公正；二是要求在司法审判过程中得到公正待遇——程序公正。因此，司法公正包括实体公正和程序公正。而迟来的公正不是真正的公正，或者说不是完全的公正。而司法公正的基础在于证据，在于建立当事人举证时限制度。

修改后的民事诉讼法第六十五条就是关于举证时限制度的规定。据此，当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应当提供的证据及其期限。当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向人民法院申请延长期限，人民法院根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫、罚款。不予采纳证据就意味着证据失效、证据失权。

证据失权是举证时限制度的应有之义，是指当事人超过举证期限即丧失提出证据证明自己主张的权利。民事诉讼证据失权制度亦称证据失效制度，它是指在法律规定或人民法院指定的期限内，负有举证责任的当事人没有向人民法院提出的证据，在期限届满后因此而丧失证据提出权和证明权的一项制度。证据失权制度，包含两个要素：一是期限：法律规定或人民法院指定的期间，负有举证责任的当事人在此期间内应当尽其所能地提供支持其主张的证据；二是后果。如果当事人在此期间不提供或不能提供相关的证据，则会产生诉讼程序上的法律后果——失权即丧失原有的权利。失权是指当事人在民事诉讼中本来享有的举证权利因超过举证期限而丧失。当事人不得再提出证据或者提出的证据不能为法院采纳而丧失其证据的证明效力。

证据失权制度的必然性在于，它是由诉讼程序的不可逆性决定的。诉讼犹如流水线作业，是在特定的时间和空间条件下进行的特定活动，诉讼程序具有不可逆性。这种不可逆性表现在程序的展开对当事人和法官的拘束性上，当事人和法官都不能随意地推倒重来。当事人的举证也应当遵守程序的不可逆性，讲究时效性。证据失权制度的必要性首先在于，修改后的民事诉讼法第六十五条证据失权的规定，有利于实现效率与公正，完善民事诉讼制度。如果任由当事人随时提出证据，使得诉讼不得不多次中断、拖延，不仅使案件审理时间过长，造成大量的人力、精力和财力的耗费，也使当事人不堪重负，诉讼成本提高。其次在于，有助于民事诉讼制度的完善。一是证据失权制度与审判期限配套，使审判期限制度的设置及操作更具有合理性，可防止当事人随时提出证据拖延诉讼，也能防止法院解决纠纷的迟延，使当事人的举证活动和法院的审判活动都有明确的时间约束，提高审判效率。二是证据失权制度与举证责任制度配套，举证责任得到落实。

以证据失权为核心的举证时限制度固然有助于提高诉讼的效率，但却与发现真实和实体公正之间有时存在着难以调和的矛盾。因此必须兼顾实体公正和程序公正，在追求客观真实不能的情况下再寻找法律真实。审判不容易完全达到客观真实，但也不能完全局限于法律真实，一定要尽最大的努力，尽最大的可能，尽最大的智慧，让法律真实接近于客观真实。不仅要通过证据和诉讼程序形成法律真实，而且要通过证据和诉讼程序最大可能地接近客观真实。

非法证据排除

在民事诉讼中，所谓非法证据是指当事人及其诉讼代理人以及检察人员向法院提交的不符合法律规定的证据，或者通过非法的手段或程序收集的证据。非法证据主要有以下几种情形：形式违法的证据；行政机关及其职能部门违反法定职权或者程序所获得的证据；一般的民事主体以非法的手段或方式获取的证据；“毒树之果”，即经由非法证据而获得的证据；虽然不属于上述情形，但是证据本身或者获取证据的手段、行为违反社会公德、社会公共利益，这类证据本身不具有非法性，但其法律后果与非法证据相同。

1. 民事证据排除规则的回顾。我国最早的民事证据排除规则出现在1995年最高人民法院《关于未经对方当事人以及检察人员同意私自录音取得的资料能否作为证据使用问题的批复》。该批复指出：“证据的取得首先要合法，只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的根据。未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用。”此批复将录音取得的证据资料的合法性标准严格限定在需经对方同意。事实上，一方当事人同意对方录制其谈话的情形在实际生活中极为少见。但据此，即使法官确信录音证据资料内容真实也无法对权利人加以保护。

随着司法实践和理论的发展，这一解释逐渐显示出其不适应性。换句话说，由于该批复绝对排除了偷录材料的证据效力，给当事人取证带来了很大的难度，导致某些案件的判决明显与案件客观事实不符。为此，《证据规定》第68条规定，“以侵犯他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实

的依据。”该规定是在原司法解释适用基础上的进一步调整，比前一个批复更准确地界定了非法证据的概念并明确其不具有证据效力。按照《证据规定》的非法证据排除规则，除以侵害他人合法权益（如违反社会公共利益和社会公德侵犯他人隐私）或违反法律禁止性规定的方法（如擅自将窃听器安装到他人住处窃听）取得的证据外，其他情形不得视为非法证据。这意味着以合法手段取得并有其他证据佐证、无疑点的录音等视听资料，具有证据效力。

2. 非法证据的审查启动。对于非法证据的审查判断由人民法院进行无疑，问题是由谁来启动审查程序，由谁提出审查请求。目前，我国理论上存在三种观点：一是由法院依职权对非法证据进行审查，二是由当事人启动，法院不能依职权主动审查，三是二分法，将《证据规定》第68条的内容分为两种情形，分别对待。对于侵犯他人合法权益的非法证据，审查程序的启动只能由当事人来启动，而对采取法律禁止的方法或手段取得的非法证据，审查程序的启动由法院依职权进行。

对非法证据审查程序原则上应当由当事人来启动，更确切地说应当由提供非法证据的对方来启动。例外是当法院不主动审查非法证据将有损于社会公德、社会公共利益时人民法院应当主动审查。

由当事人来启动的理由有如下4点：（1）符合意思自治的原则。在民事领域，人是理性的人，是经济人。每一个人都是自己利益的最佳裁判者，同时也是自己利益的最终决定者。当事人对自己利益的权衡、取舍是“私事”，是他的自由。在民事诉讼中，对对方提出的非法证据不持异议，视为其对该证据的认可，不违背社会公德、社会公共利益的，人民法院不可干预。（2）符合一般认知规律。案件争议事实发生于当事人之间，当事人距离案件事实最近。所以，他对对方提出的证据的真伪、合法与否的判断较为容易。（3）适应我国现代诉讼模式。现代诉讼模式逐步摆脱了传统的纠问式的职权主义模式，渐渐向当事人主义靠拢，形成了以职权主义为基础与当事人主义相结合的诉讼模式。我们国家在诉讼模式上，特别是在取证问题上，以当事人举证为主，以人民法院调查以及人民检察院调查为辅，人民法院对案件的审理也是围绕当事人的诉讼请求进行的。（4）统筹个人利益与社会公共利益。犹如私权神圣不可侵犯是市民社会法治的基石一样，私权与公权同受法律约束，不可以不受限制。私权滥用，出现个人利益与社会公共利益冲突，需要人民法院居中处理、平衡。当个人权利的行使或利益的抛弃损害了社会公共利益时，就必须对这种行为予以制止或者适当限制。因此，即使当事人对非法证据未提出抗辩或审查请求，只要非法证据的使用关系到公序良俗，关系到社会公共利益，人民法院就应当以其职权审查。

3. 民事非法证据排除的理论基础。

（1）非法证据排除规则。所谓非法证据，是指不符合法定来源和形式的或者违反诉讼程序取得的证据资料。非法证据是相对于合法证据而言的，凡是不符合证据合法性的证据材料，都可称为是非法证据。根据我国民事诉讼证据理论关于证据合法性的通说，证据合法性是指证据形式以及证据的收集或审查都合乎法律规定。具体说，证据合法性主要体现在以下几个方面：第一，证据形式符合法律规定。第二，证据的收集过程符合法律规定。第三，证据必须经过法定程序审查。需要注意的是，不合法的证据并不等于非法证据，因为在非法与合法之间，存在一大块灰色领域。而非法证据是指在收集证据的过程中，违反了法律规定，侵犯了对方当事人或其他公民特定的合法权利而收集的证据。

非法证据排除规则，是指非法证据不具有证据效力（能力），不能被人民法院采纳作为认定案件事实的依据。关于非法证据效力（能力），历来是困扰各国诉讼理论和实践的一个问题。现代法治国家都在不同程度上确立了非法证据排除规则。

（2）两大法系适用证据排除规则的基本情况。英美法系国家在立法上一般都设置了相应的民事证据排除规则。在美国，排除规则是作为实现宪法第四修正案所提供的一种保障手段。美国宪法修正案第4条规定，以非法手段收集的证据材料，不能作为证据采纳。1914年美国联邦最高法院在WEEKS v. U. S一案的判决中认为，该案的证据是在违背宪法第四修正案的情形下获得的，不得采用，首次运用了对非法收集证据的排除规则。{3}之后，英美法系国家先后在其证据法中规定了各种排除规则。如以色列证据法第16条规定：“法院认为取证需时太久，将使案件的进行受到不当的延滞；或以不正当的方法收集证据，将使一方当事人遭受困苦难堪的；或一方提供的证据足以混淆争议焦点，并使案情趋于复杂的，拒绝予以采纳。”

英美法系常用的证据排除规则主要适用于以下情形：一是传闻证据。传闻证据是英美法系最为重要的排除规则，最先肇始于英国。英国从1660年开始，传闻证据不能单独作为一种证据来使用，而只能作为一种佐证材料使用，到1680年，传闻证据在诉讼中开始受到排除，由此产生了这样一种排除规则。传闻证据之所以受到排除，主要是因为与英美法系重视程序公正具有密切的关系。二是意见证据。英美法系把证人分为普通证人和专家证人，并依据意见规则作为区别证人证言与鉴定结论的标准。证人证言是将自己亲身经历或体验过的事情如实向法庭陈述，不得含有任何猜测、推理和评论过程，否则将被适用意见规则而受到排除。如美国联邦证据法规定，如果证人不是作为专家出庭作证，则不得发表任何意见或进行推断，除非基于他所亲身体验到的事实。三是品格证据。英美法系国家通常将品格证据作为一种排除规则的内容在立法上加以规定，即一个人的品格是否善良或邪恶，对于证明某一纷争事实中是否他可能或不可能从事某一行为不具有关联性，因此予以排除。

非法证据排除规则是一项重要的证据规则。证据排除规则的法律价值在于，能够有效而将某些非法证据、分歧证据、不实证据排除在认可采信的有效证据范围之外。

(3) 民事非法证据排除的理论基础。对于民事非法证据排除的理论基础，有以下 3 种学说：①保护公民基本权利不受侵犯。该学说认为，虽然发现真实是诉讼的终极目标，但如果实现这一目标的证据取得方式侵犯了公民的基本权利，而法院又将这种证据作为判决基础，就表明法院为获得判决无视公民基本权利受到侵害的事实，这也必然会使公民权利受到侵害的程度进一步加深。②建立在“被污染”证据上的判决是司法者对法律的破坏。这种学说认为，在法治国家，法院的司法判决也应建立在不受“污染”的证据之上。如果法院判决所依据的基础是违法的，法院在一定意义上就成了法律的破坏者。因此，为了维护法院的公正和司法的纯洁，应对非法收集的证据予以排除。③抑制违法收集证据。这一学说认为，调查证据的一方之所以会采用违法手段收集证据，是为了在庭审时充分地举证。因此，通过法律规定禁止使用违法手段取得的证据，就能遏制他们违法取证的心理动因，从而对他们收集证据的方式产生有效的影响。

三种学说各有道理，比较起来，第一种从人权的视角出发，说服力很强。因为发现客观真实是个手段，诉讼的价值绝不仅仅在于发现客观真实，还在于尊重和保护人权，让那些利益可能受到诉讼影响的人或诉讼参与人受到公正的对待，使其作为人的尊严得到尊重。可以说，正是由于诉讼本身的正当程序的价值要求，决定了裁判者必须信守通过公正的法律程序以实现正义的基本原则，而不能为达到正确的裁判而忽视公民基本权利，从而导致程序正当性的丧失。

一般来说，民事诉讼中证据排除规则主要包括以下四种证据：以犯罪的方法和手段取得的；以法律明令禁止的方法取得的；违背他人拒绝作证权利取得的；以违背社会公德的方法取得的。

2012 年修改后的民事诉讼法在证据制度方面有着显著的进步，同时，也有诸多发展的期待。即便是最完美的法律，如果不能得到有效实施，那也只能是纸上的条文、立法的浪费，于小康社会、平安中国百无一用。有法可依以后，需要贯彻落实。人民法院必须切实做到有法必依、执法必严、违法必究，坚持依法独立行使审判权的宪法原则，坚持以事实为根据、以法律为准绳，坚持实体公正与程序公正并重。因此，它在整体上有助于及时化解社会矛盾、解决民事争议，有助于司法的公正、法治的发展和社会和谐的构建，那么，准确理解、正确适用，“一准于法”，诚挚地以尽其最善的态度运用它，便应当成为当下全国各级法院民事审判最为紧要的任务。

注释：

{1}原美国联邦法院首席大法官。转引自张文显：“在证据科学全国博士生论坛上的致辞”，载《证据科学》2012 年 12 月第 20 卷第 6 期。

{2}王胜明主编：《中华人民共和国民事诉讼法释义》，法律出版社 2012 年版，第 170 页。

{3}据考，1914 年美国联邦最高法院通过维克斯诉美国一案，在刑事诉讼领域最早确立了非法证据排除规则。证据排除规则最早来源于英美法系，是证据法上涉及证据认可采纳的一项具体规则。英美法系的证据排除规则主要体现在(1)不实传闻证据排除规则；(2)意见分歧证据排除规则；(3)违法取得证据的排除规则；(4)无作证资格证人证言的排除规则。

判解研究 韦晓静：擅自处分共有房，买卖协议效力如何认定

2013 年 11 月 02 日 中国民商法律网 韦晓静

【案情】

原告谭梅与莫林于 1999 年 10 月 20 日到民政部门办理离婚登记，双方在离婚书中约定夫妻共有的房屋两栋全部归子女继承，第一栋占地面积 150 平方米（一层）归女儿莫珍继承和所有，第二栋占地面积 60 平方米、位于民行大道的四层楼房归儿子莫文继承（双方去世后子女可以分别继承上述两栋房屋）。离婚后子女均由莫林抚养并随其居住在占地面积 60 平方米、位于民行大道的四层楼房内，原告谭梅居住在占地面积 150 平方米（一层）的另一栋房屋内。2002 年，莫林与被告何丽登记结婚，2008 年 5 月 18 日，莫林、被告何丽与被告韦明明签订了一份房屋买卖协议，双方约定莫林将位于民行大道占地面积 64.2 平方米、建筑面积 314.3 平方米的四层楼房一栋转让给被告韦明明，韦明明则于当天分两次将 408000 元的购房款汇入莫林的银行卡中。被告韦明明依双方约定将购房款汇入莫林的银行卡后，莫林亦依约将房屋及该房的房产权属证书交付给被告韦明明，之后被告韦明明对房屋进行重新装修并入住。

2009 年 11 月 24 日莫林因病身故，原告谭梅认为前夫莫林与被告何丽擅自将其与莫林共有的房屋卖予被告韦明明，该行为损害了其合法权益，房屋买卖协议应属无效，特起诉至人民法院，请求：一、依法确认被告何丽、莫林与被告韦明明的买卖协议书无效；二、由二被告共同承担本案的诉讼费用。

【分歧】

对于本案中莫林未经房屋隐名共有人谭梅的同意，擅自处分共有房屋，其所签订的房屋买卖协议是否有效的问题有不同的意见。

第一种意见认为：该房是谭梅及莫林在婚姻关系存续期间的共同财产，莫林未经谭梅同意，擅自卖房，侵害了谭梅对该房的合法所有权，故莫林、何丽与韦明明签订的房屋买卖协议无效。

第二种意见认为，莫林擅自处分共同财产，韦明明作为买受人在签订协议时并不知情，双方签订的房屋买卖合同成立后，韦明明当日即向莫林支付足额购房款并对该房进行装修后入住，莫林亦已交付房屋及房产所有权证，应视为该房屋买卖合同已履行完毕，被告韦明明为善意买受人，双方之间的房屋买卖合同依法有效。

【评析】

笔者作为案件承办人，肯定并采纳了第二种意见，理由如下：

一、根据我国物权法的物权公示与公信原则，不动产登记簿和房产证书是物权归属和内容的根据，尽管房产真实状态与公示不一致，但当事人因信赖公示之房屋产权并依此进行交易的，应受法律保护。莫林在处分该房屋时向买受人韦明明出示的房产证上登记的所有人是莫林一人，并没有登记谭梅为所有人或共有人，且双方在签订房屋买卖合同时有莫林的现任妻子何丽的签名，在此情况下，被告韦明明有理由相信莫林有该房屋的处分权利，韦明明属于善意买受人。双方所签订的房屋买卖合同成立后，韦明明即向莫林支付足额购房款并对该房进行装修后入住，莫林亦已向买受人韦明明交付房产所有权证土地使用权证书及搬出该房屋，应视为该房屋买卖合同已实际履行完毕，故双方之间的房屋买卖合同依法有效。

二、对原告谭梅关于房屋尚未进行所有权变更登记，根据不动产物权善意取得制度的规定，被告韦明明并未实际取得该不动产的所有权，故房屋买卖合同无效的主张，笔者认为，《物权法》第十五条规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”这就是不动产物权变动的合同效力与物权效力相区分的原则。换句话说，不动产物权变动的合同与不动产物权变动的物权登记是两个不同的法律事实，他们的生效要件应该根据不同的法律规定来认定。设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同是否生效，应该依据《合同法》第44条、《民法通则》第55条来认定；物权变动是否生效，则应该依据《物权法》第9条、《民法通则》第72条来认定。即：不动产物权变动合同的生效只需具备以下三个条件：1、行为人具有相应的行为能力；2、意思表示真实；3、不违反法律或者社会公共利益。至于所签订合同最后能否履行，标的物能否办理物权登记，并不是合同生效的必要条件。故本案中原告关于房屋所有权尚未进行变更登记故双方所签订的房屋买卖合同无效的主张，不符合法律规定，不应得到支持。

三、原告的权利应如何得到救济的问题。根据最高人民法院《关于贯彻〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第89条规定：“在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该项财产的，应当维护第三人的合法权益，对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。”故原告可向擅自处分其财产的侵权人另行主张赔偿其损失。

关于涉外商事诉讼管辖权冲突解决的几个问题

2013年08月22日 中外民商裁判网 宋建立

在涉外商事诉讼中，管辖权是法院受理案件的前提和基础。只有确定了管辖权，才会发生诸如境外当事人的文书送达、域外调查取证、案件受理、判决在国外的承认与执行等一系列的程序问题。

在涉外商事诉讼中，管辖权是法院受理案件的前提和基础。只有确定了管辖权，才会发生诸如境外当事人的文书送达、域外调查取证、案件受理、判决在国外的承认与执行等一系列的程序问题。绝大多数的涉外商事案件都与两个或两个以上的国家存在着联系，这就不仅可能出现同时有两个或两个以上的国家对同一案件均具有管辖权，导致管辖权冲突的情形，而且增加了当事人挑选法院的可能性。当事人挑选法院的结果必然导致冲突规范与准据法的不同，并极有可能产生不同的判决结果。

关于涉外商事诉讼管辖权冲突的解决途径基本上有两种：一是确定管辖权和解决管辖权冲突的国内法律机制，二是国际条约。就国内立法而言，由于文化传统与法律制度的差异，管辖依据和标准的不同必然导致管辖权的重叠，这亦导致了英美法系国家与大陆法系国家采用的抑制或扩张涉外商事管辖权的方式有所不同，英美法系国家普遍采用不方便法院原则以及禁诉令制度，适用不方便法院原则是本国法院不便管辖或者中止本国法院诉讼程序的自我抑制方式，而颁发禁诉令则是迫使一方当事人撤回在外国法院的诉讼，由本国法院强行管辖，否则在国外提起诉讼的一方当事人将遭受败诉的结果或受到相应处罚。大陆法系国家多采用先受诉管辖原则，即由最先受理的法院管辖。由于平行诉讼导致了法院之间的重复劳动，增加了诉讼成本，并且很可能带来判决冲突的问题，因此，避免平行诉讼是大陆法系先受诉管辖原则产生的动因。

2005年6月30日，海牙国际私法协会制定并通过了选择法院协议公约，并于2007年7月发布了有关选择法院协议公约条文的解释。尽管这一公约并未生效，但对统一各国协议管辖制度以及判决的自由流动起到了积极作用。而这历时10多年谈判的公约也暴露了两个难以协调的主要问题：一是各国法律制度和司法实践的差异和冲突，二是法律条文背后隐藏的各国经济利益的冲突。

各国立法、司法实践以及国际社会一直寻求以适当的方式预防与解决涉外商事诉讼管辖权冲突，缓解国与国之间可能引起的矛盾与冲突，促进国与国之间的经济交往与合作。笔者结合我国的司法实践，分析研究既符合我国经济、文化及法律传统，又顺应国际发展趋势的涉外商事管辖权制度。

一、不方便法院原则

不方便法院原则最初源于苏格兰，也称不便管辖原则或非方便法院原则，一般是指享有管辖权的本国法院在受理案件后，发现另一享有管辖权的外国法院对案件的审理更为便利及公正，从而拒绝行使管辖权或有条件地中止本国管辖权的制度。该原则已被英美法系国家法院所接受，并应用于司法实践。在英国 *Connellv v.RTZ Cop* 案中，一位苏格兰籍的雇工对位于伦敦的公司提起了诉讼，要求该公司位于纳米比亚的子公司——一家铀矿公司赔偿其健康损失，因为该雇工在铀矿公司工作而患有癌症损害了其健康。英国法官 Goff 先生认为，该诉讼若在纳米比亚法院(可替代法院)进行，尽管是合适的法院，但对原告而言不可能得到实质公正，而诉讼若在英格兰法院情况则会有不同，原告可以得到经济上的援助。有助于其实现公正。基于此，Goff 法官在其判词中写道：“最令人信服的理由是，该案件的审理需要高度的专业知识，不仅需要职业的律师，而且需要具有科学知识的专家，这才有助于实现实质的公正。但是，这些条件在纳米比亚是不可能得到的。考虑上述情况，结合不方便法院原则，因此，纳米比亚法院对于保护双方当事人的利益以及实现最终的司法公正，并不是更合适的法院。”可见，英国法院是将实质公正的实现与否作为不方便法院原则适用的关键因素来考察的。

1947 年美国联邦最高法院在 *Gulf oil v.Gilbert* 案中首次确立了不方便法院原则的基本理论，而且被美国法院援引至今，该案的基本案情是：Gilbert 是弗吉尼亚州的居民，Gulf oil Corp 是登记成立于宾西法尼亚州的一家公司，并获准在弗吉尼亚和纽约州营业。Gilbert 声称由于 Gulf oil Corp 的疏忽而引起的火灾给他造成了损失。火灾是在弗吉尼亚发生的，而 Gilbert 却在纽约州的联邦地区法院提起诉讼，Gulf oil Corp 以不方便法院原则为由请求驳回原告的诉讼请求，联邦地区法院支持了被告的请求，驳回了原告提起的诉讼。但是 Gilbert 不服，经联邦上诉法院审理，推翻了联邦地区法院的裁决，美国联邦最高法院接受了该案的上诉，最终推翻了联邦上诉法院的裁决，支持了联邦地区法院的裁决。该案中，美国联邦最高法院明确地指出，必须考察当事人的私人利益以及法院地公共利益的相关因素，而本案利益平衡分析的结果却有力地支持了被告的请求，驳回了原告提起的诉讼。根据该案确立的原则，私人利益是指，就每一方当事人的利益而言，法院对案件的审理是否是最方便的。公共利益既包括了法院本身的利益，即快捷有效地审理案件，还包括了社会利益，即该争议在当地审判的利益，而不是在一个与案件无关的法院审理，增加了当地居民陪审义务所带来的不公平。

海牙国际私法协会在讨论和制定国际民商事诉讼管辖权以及判决承认与执行的公约草案的过程中，以欧盟为代表的大陆法国家与以美国为代表的英美法国家就不方便法院原则应否纳入公约的问题曾发生激烈争论。以欧盟为代表的大陆法系国家担心不方便法院原则下法院享有的自由裁量权过大，而以美国为代表的英美法系国家则认为，将司法管辖权的行使赋予本国法院，是因为立法者相信法院能够行使好自由裁量权。由于理念上的差异与冲突，两大法系的国家间最终同意在 2001 年的草案第 21 条中包含了经过修正的不方便法院原则。该草案采用了一个更加严格的标准限制传统不方便法院原则的运用，即允许法院在下列情况下拒绝行使管辖权：第一，受诉法院行使管辖权明显的不合适。第二，另一个法院享有管辖权。第三，另一个法院显然是更合适的解决纠纷的法院。

在我国，虽然立法中并没有明确规定，理论界亦存在赞成与否定之争，但在司法实务的相关判例中已逐渐认可该原则。江苏省高级人民法院 2010 年 6 月 2 日在汉城工业株式会社(以下简称汉城工业)与宇岩涂料株式会社(以下简称宇岩涂料)、内奥特钢株式会社(以下简称内奥特钢)票据追索权纠纷一案中，首次明确适用不方便法院原则，维持了苏州中院一审适用不方便法院原则驳回汉城工业对宇岩涂料、内奥特钢起诉的裁定，该案的基本案情是：汉城工业向宇岩涂料供应化下用品、涂料、颜料等化学用品，宇岩涂料则向汉城工业背书转让了出票人为内奥特钢的票据作为货款，但汇票在韩国被银行拒绝付款。内奥特钢经过破产程序并已被注销，宇岩涂料正处于破产重整阶段。宇岩涂料在我国境内设立了外商独资企业性质的苏州同信涂料有限公司，内奥特钢、宇岩涂料在我国境内设立了中外合资企业性质的苏州同信彩色金属板有限公司。苏州中院根据汉城工业的申请，冻结了内奥特钢、宇岩涂料在上述两公司的股权。汉城工业遂向苏州中院提起诉讼，要求内奥特钢、宇岩涂料承担票据责任。江苏省高级人民法院经审理认为，本案涉及国际民事诉讼中不方便法院原则问题，虽然宇岩涂料、内奥特钢在苏州有可供扣押的财产，苏州中院作为可供扣押财产所在地人民法院对本案有管辖权，但是本案可以适用不方便法院原则，理由在于：第一，汉城工业变更票据追索权纠纷诉讼后，内奥特钢、宇岩涂料明确提出管辖权异议，认为本案应由韩国法院管辖。第二，本案当事人之间不存在选择中国法院管辖的协议。第三，双方之间的票据追索权纠纷不属于我国法院专属管辖的案件。第四，本案不涉及我国公民、法人或者其他组织的利益。第五，本案所涉票据出票、背书、付款行为地均在韩国；内奥特钢、宇岩涂料在韩同破产，涉及破产财产范围、破产重整计划的内容和执行、内奥特钢的民事行为能力认定等问题，应适用韩国法。我国法院审理此案存在案件事实认定和法律适用上的困难。最后，本案各方当事人住所地均在韩国，即案件中与诉讼有关的各种因素集中于韩国，本案由韩国法院审理更加方便、适当。据此，苏州中院裁定依据不方便法院原则驳回汉城工业的起诉并无不当。江苏高院的裁定在一定程度上反映了我国法官对不方便法院原则的认识和接受。

鉴于不方便法院原则已逐渐为多数国家所接受，而且该原则的适用已经产生了良好的效果，应当在考察各国有关不方便法院原则的立法、判例，以及国际社会如海牙国际私法协会在民商事案件管辖权及判决承认与执行公约(草案)成果的基础上，制定符合我国实际的相关规定。笔者认为，适用不方便法院原则的条件可包括以下几个方面：第一，在不涉及有效的排他性选择法院协议以及专属管辖的情形下，基于一方当事人请求，如果享有管辖

权的受诉法院认为其对案件的审理明显不合适，并且其他地区或者国家的法院对于解决纠纷显然更为合适时，该受诉法院可以拒绝行使管辖权或中止诉讼程序。第二，受诉法院拒绝行使管辖权或中止诉讼程序时应当考虑如下因素：1、相对于当事人的住所而言是否存在不方便。2、证据的特性以及所处的位置，包括文件、证人以及获得证据所需要的程序是否存在不方便。3、是否便于在合理期限内审结。4、所作出的具有实体内容的判决获得承认与执行的可能性。第三，案件涉及我国公民、法人或者其他组织利益的，应将另一适格法院能否实现实体公正作为必要的考察因素。第四，若其他地区或国家的法院决定不行使管辖权的，该受诉法院应当继续案件的审理。

二、禁诉令制度

禁诉令最初是英国解决国内平行诉讼的手段，是指一国法院颁发的禁止一方当事人在他国法院提起或继续进行民事诉讼的命令。禁诉令也是英美法系国家解决涉外商事诉讼管辖权冲突的一种重要方式。在美国，只有联邦法院才享有颁发禁诉令的权力。实践中，美国联邦法院在处理有关禁诉令动议时的模式可分为两种：第一，保守主义模式。即，除非联邦法院认为有必要保护美国法院的管辖权或者阻止原告有意逃避美国的重要公共政策，才考虑颁发禁诉令。在这种模式下，当法院运用自由裁量权颁布禁诉令时，国际礼让的原则往往是考虑的重要因素。第二，自由主义模式。这种模式下一些联邦法院既要考虑保护本国法院管辖权的必要性或者维护本国公共政策，还要考虑其他的一些平衡因素，即外国法院的诉讼是否存在不方便、不公平或者是歧视性，是否导致国内公共政策受挫，是否影响内国法院的管辖，是否导致审理的延误、不方便、额外的花费以及诉讼的竞合等因素。而且在作决定时，联邦法院往往将上述平衡因素同等考虑。因此，在自由主义模式下，禁诉令是否颁发往往依赖于法院对案件衡平的结果。其中，联邦法院对外国法院诉讼的公平性以及便利性作出评价，往往会产生以司法权干涉外国法院诉讼的嫌疑。英国法院则在颁发禁诉令问题上认为，只有当英国与诉争的纠纷存在重大利益时，才可以颁发禁诉令。

不可否认的是，尽管禁诉令只是对当事人有效，而不直接限制外国法院的司法管辖权，但对一个已经受理了诉讼的外国法院而言，禁诉令的颁布很可能会被认为是对他国司法程序的不信任，而且极易成为外交关系恶化的因素之一。因此，英美国家的法院在颁发禁诉令的问题上极为谨慎，如果反对颁发禁诉令的一方当事人提出了引起外交争议的证据，那么就有可能阻止禁诉令的颁发。

有学者提出禁诉令制度在我国的建立是有一定的必要性和合理性：理由在于 1、禁诉令是解决国际诉讼竞合的有效方式。2、禁诉令有利于完善我国的涉外民商事管辖权制度。3、规定严格的适用条件，防止禁诉令的滥用。但也有观点认为，禁诉令虽然在颁发国有效，但实质上限制了外国法院管辖权的权利和能力，因此，应对禁诉令的适用持消极态度。

笔者认为，禁诉令的滥用会成为管辖权扩张的工具，但禁诉令的颁发是一个衡平的过程，这种自我限制的特性，能有效地防止禁诉令的滥用。如，如果当事人双方约定由我国法院排他性管辖，或者被告已经在我国法院应诉，默示同意了我国法院管辖，而一方当事人不顾该事实，仍然在外国法院提起诉讼的，我国法院可以考虑签发禁诉令。另外，如果一方当事人违反了我国法律关于专属管辖的规定，而在外国法院提起诉讼，我国法院亦可考虑颁发禁诉令。当然，禁诉令的颁发应以不损害我国与他国之间的外交关系为底线，而且，还应当考虑禁诉令的有效性。当事人双方若均是禁诉令颁发国的自然人或者法人，或者在颁发国拥有一定的财产，或者在该国占有一定的市场份额的情况下，受禁诉令限制的一方当事人一般不会随意挑战禁诉令颁发国的司法权威。也就是说，只有当颁发禁诉令的法院对被禁止的一方当事人享有绝对控制权的时候，禁诉令才会产生预期的效果。从国际通行的实践来看，禁诉令制度往往作为一种解决国际民商事管辖权冲突的例外原则来使用，应当慎重。又由于中国内地与香港、澳门特别行政区以及台湾地区之间的管辖权冲突属于一国主权下的区际法律冲突，因此，适用的条件应当更加严格，在我国建立合理的禁诉令制度，可以对那些违法者予以处罚或者追究藐视法庭的刑事责任，也有利于使我国的管辖权制度得到更多的尊重。

到目前为止，在我国的涉外司法实践中，还没有出现适用禁诉令的相关案例，人们对禁诉令的认知亦处于一个不断深入的过程，但建立严格合理的禁诉令制度，以应对他国对我国司法主权的过度侵蚀和干预，实有必要。综上，在我国适用禁诉令制度时，在考虑上述因素的情况下，若存在下列情形之一的，可颁发禁诉令：1、违反当事人之间达成的由中华人民共和国法院管辖的排他性协议或者由中华人民共和国仲裁机构仲裁的排他性协议，或者被告已经在中华人民共和国法院应诉答辩，而又在外国(或其他区际)法院提起诉讼的。2、外国(或其他区际)法院违反中华人民共和国法律规定的专属管辖权的。

三、先受诉管辖制度

在普通法系和大陆法系之间理论上的许多冲突均源自于司法的自由裁量问题。司法自由裁量的传统定义是：“适用的规则被限定在一系列法律允许的范围内。法官在有限的选择中享有充分自由的权力。”

司法的自由裁量权源自于普通法系国家，是普通法系国家法院寻求司法公正的一种方式。但是，大陆法系国家却普遍担忧自由裁量的不可预见性，也就是说，“如果一个结果完全来自自由裁量，那么，结果的判断过程以及结果本身都是不可预见的。”因此，司法自由裁量的理论是普通法系和大陆法系众多冲突中的根本原因。在不方便法院原则下，享有管辖权的法院发现另一更合适法院存在的情况下，可以运用自由裁量权拒绝管辖或者中止

诉讼程序。该理论的基本理念是通过寻找更合适的法院，来实现司法公平。大陆法系国家则强调法律的可预见性，并且当同一案件在两个不同的法院诉讼时，赋予法官适用先受诉管辖原则，行使有限的自由裁量权中止诉讼。

先受诉管辖原则是指相同的当事人就同一争议基于相同事实以及相同诉因同时或先后在两个或两个以上国家的法院进行诉讼，一般由先受诉法院行使管辖权的制度。从法院的角度来讲，是多国法院对同一民事案件基于不同的连接因素行使管辖权，也称之为诉讼竞合；从当事人的角度讲，是指相同当事人就同一争议基于相同事实先后或同时在两个或两个以上的法院提起诉讼，也称之为一事两诉。

在海牙国际私法协会关于民商事诉讼管辖与判决执行公约(草案)的制定过程中，不方便法院原则的支持者和倡导者认为，只有不方便法院原则才是解决两个不同法院同时进行的未决诉讼有效和必要方法，大陆法系国家的先受诉管辖理论鼓励了“诉讼竞赛”现象。按照先受诉管辖原则，先受诉法院享有了案件的管辖权，后受诉法院必须中止案件的诉讼程序。在这种情况下，原本应当作为被告的当事人很可能抢先在一个特定的法院提起诉讼，从而阻碍了原本应当作为原告的当事人在一个合适的法院提起诉讼。普通法系国家主张赋予法院一定的自由裁量权，让法院本着公平、公正的理念选择合适的法院，有助于解决先受诉管辖理论带来的“诉讼竞赛”现象。历史地看，以德国和法国为代表的大陆法系国家的相关民事诉讼法中大都规定了先受诉管辖原则，尽管在适用的标准和条件上存在一些差异，但也是大陆法系国家解决民事诉讼管辖权冲突的一大特色。

在关于民商事管辖及判决执行公约(草案)起草的谈判过程中，两大主要法系在关于国际民商事案件管辖权冲突的解决问题上做出了折衷和妥协，这便产生了有关不方便法院原则和先受诉管辖原则的独立条文。

先受诉管辖原则主要体现在 2001 草案的第 21 条，这条关于先受诉法院管辖的规定表明，相同当事人以相同诉因提起的两个不同诉讼，如果根据公约的规定先受诉法院享有管辖权，并且先受诉法院的判决将会得到后受诉法院的承认时，后受诉法院应当中止诉讼程序。因此，2001 草案第 21 条基本是一个传统的先受诉管辖条款。在形式上，条款与德国法上的规定相似，即明确要求当事人的一致性以及诉因的一致性，避免了法国法中同一纠纷标准的模糊性。

当然，一些新的内容和要素被纳入了传统的先受诉法院管辖原则中，以保证制定一个有效运转的体系。传统的先受诉管辖原则存在的主要问题是鼓励了“诉讼竞赛”。这个问题在 2001 草案中得到了有效解决，其第 23 条第 3 款规定，如果先受诉法院中的原告不可能继续进行诉讼程序以便获得实体上的判决意见，或者先受诉法院没有在合理的期限内作出判决时，基于一方当事人的申请，后受诉法院可以继续诉讼程序。最终，先受诉管辖原则的不足在第 21 条第 7 款中得到了弥补，即如果基于一方当事人请求，先受诉法院根据第 22 条的规定认为，后受诉法院更适合解决纠纷时，第 21 条的规定将不能适用，而应当根据第 22 条的规定，考虑更适合法院的因素。

鉴于我国一国两制和多法域的格局，大陆与香港、澳门特别行政区和我国台湾地区之间的管辖权冲突不可避免，笔者建议，对于今后规范我国内地人民法院适用先受诉管辖原则的问题，可参照海牙国际私法协会关于民商事案件管辖权及判决执行公约(2001 草案)第 21 条的有关规定，作出如下安排：1、相同当事人既在我国内地法院提起诉讼，又在其他区际法院进行诉讼，并且诉讼是基于相同诉因时，在不考虑诉讼请求的情况下，先受诉法院享有管辖权，后受诉法院应当中止诉讼程序，但后受诉法院依据双方当事人约定享有排他性管辖权的除外。2、基于一方当事人的请求，先受诉法院认为后受诉法院更适合解决纠纷时，先受诉法院应当驳回当事人的诉讼请求或者中止诉讼程序。

四、协议管辖制度与选择法院协议公约

国际民商事诉讼中的协议管辖一般是指国际民商事案件的当事人通过合意以协议的方式约定，将因某种特定法律关系已产生或将来可能产生的纠纷交由某国法院审理的一种管辖方式。确定管辖权的协议就是管辖协议。由于它多以合同中的条款形式出现，一般称为管辖权条款或选择法院协议条款。

协议管辖原则突出的是尊重当事人意思自治，在私法领域则表现为当事人的自主意思可优于国际公约及国内的相关立法。在涉外合同方面，针对各国民商法规定各异，在国际条约、国际惯例适用范围有限的情况下，赋予合同当事人自由选择准据法的权利应当说是一种现实的做法。实践中，由于合同当事人之间往往协议选择那些立法技术较为先进地区的法律，使得当事人的选择具有了这样一种功能，即迫使许多国家自觉或不自觉地在国内立法中相互借鉴，使得这一部分法律的共同因素大为增加。2005 年 6 月 30 日，海牙国际私法协会制定并通过了选择法院协议公约，对统一各国关于协议管辖的规定以及判决的自由流动起到了积极作用。

选择法院协议公约的签订实际上就是在国际层面上肯定了意思自治原则在管辖权方面的积极作用，它要求协议所选择的缔约国和未被选择的缔约国都尽可能地承认协议的效力，并要求因协议而拥有管辖权的法院所作出的判决应为其他缔约国承认或执行。这样，当事人双方选择处理争议的法院时，对法院审理的公正性，诉讼在语言和交通方面的便利程度、对选择法院的熟悉程度、裁判可能适用的法律以及判决能否被有效执行等因素进行斟酌权衡，使得整个争议的解决过程都处于当事人的安排和控制下，权利与义务的不确定性将减至最小，所涉及的商业行为将会因为有了确定的指引而变得更加理性，司法救济的费用也将降低。

一般而言，该公约适用于国际民商事案件中的排他性选择法院协议，或者一个非排他性选择法院协议中约定法院作出的判决的承认与执行问题。消费合同，雇佣合同、涉及家庭法的事务、不动产对物的权利、破产、乘客与货物的运输、特定的海事或海商案件、与核能有关的损害赔偿、除著作权及邻接权以外的知识产权的有效

性问题、自然人间损害赔偿的诉求、侵权以及因不法行为对所有权明确的财产所造成损害的诉求(不属于因合同关系产生的不法行为)均被排除在合同的适用范围之外。多数情况下,这些除外情形是由于一些国际性法律文件、国内以及区域性法律、国际惯例对这些情形作出了专门的规定,同时也反映了参与起草的成员国不主张将上述除外情形交由当事人意思自治决定。

选择法院协议的定义被规定在公约的第3条:“排他性选择法院协议是指两个或两个以上的当事人以书面形式、或以将来能够使用、援引的其他形式订立的、为便于解决将来可能产生或者已经形成的具有一定法律关系的纠纷,约定某个缔约国法院或一个或几个特定法院的排他性管辖协议。”如果当事人在合同中选择了法国法院或者纽约法院或旧金山法院而不是纽约法院或者渥太华法院,那么,此协议符合公约的要求具有排他性。尤其重要的是,公约第3条中包含了一个重要的“视为规则”,这一规则将改变普通法法律体系中对此问题的认识,而且将极大地扩展公约的适用范围:“选择法院协议中约定的某国法院或特定法院具有排他性,但当事人明确表示不具有排他性的除外。”

如果当事人同意“渥太华法院有权管辖由合同引起的纠纷”,这就意味着当事人的这种选择具有排他性。第3条中还包含了公约对选择法院协议的形式要求,即选择法院协议必须以书面形式订立,或者以将来能够使用、援引的方式订立。

该公约还规定了三个基本规则,第一,被选择法院的审理义务。根据公约规定的标准和条件,如果选择法院协议是有效的,那么被选择的法院必须审理。特别需要指出的是,这里不允许被选择法院根据自由裁量权或不方便法院原则将案件移送另一国家的法院。公约第5条规定:“排他性选择法院协议中约定的某一国家的法院应当具有管辖权处理所约定的纠纷,但根据该国法律规定协议被认定无效的除外。”“具有管辖权的法院不能以其他法院应当处理纠纷为由拒绝行使管辖权。”选择法院协议公约第5条的规定是公约的核心条款。当诉讼发生时,如果被选择法院不审理所发生的纠纷,那么选择法院协议将变得毫无意义。第二,先受诉法院的拒绝义务。除了被选择法院外,任何一个先受诉法院应当拒绝审理。但根据公约的规定选择法院协议是无效的除外,即公约第6条规定的非被选择法院的义务。第三,对缔约国法院作出的判决应当被承认与执行的义务。一个被排他性选择法院协议约定的缔约国法院所作出的判决,只要依据公约的规定排他性选择法院的协议是有效的,那么该判决在其他缔约国应当被承认与执行。

一般而言,对国际法规则的接受是一个实践中缓慢发展的过程。目前只有美国等少数几个国家签署该公约,但可以预言的是,不同法系之间的沟壑正在逐渐填平,建立一个国际性的有关管辖的适用规则以及判决执行新体制越来越有必要,虽然最终的公约文本并没有像最初设想的那样完美,但也为各国法律规则的统一奠定了基础。

借鉴海牙国际私法协会选择法院协议公约的成果,笔者认为,可将我国的协议管辖规定如下:第一,协议管辖可以采取书面形式或者其他能够证明的形式,包括合同书、信件和数据电文(如电报、电传、电子数据交换和电子邮件)等有形地表现所载内容的形式。第二,对选择法院协议有效性的判定,应当适用判决作出国法律的规定。第三,选择法院协议不得违反我国有关公共秩序以及专属管辖的规定。第四,选择法院协议具有排他性,除非协议另有规定。第五,选择法院协议具有独立性,除非另有规定。

管辖权的确定是涉外商事诉讼的开端和基础,各国无一例外地将国际民商事诉讼管辖权制度作为其国际民商事诉讼程序法的核心内容。当以管辖权扩张为原则的国内立法无法化解涉外管辖权冲突时,从司法层面上通过适用不方便法院原则、禁诉令制度、先受诉管辖原则以及协议管辖制度等一些对管辖权自我调整与抑制的做法,正发挥着越来越重要的作用。

重婚罪的认定及处罚 张德安

朱澜:对夫妻约定财产制的一些看法

2013年11月29日 北大法律信息网 朱澜

【学科分类】婚姻、家庭法

【出处】本网首发

【关键词】夫妻;约定财产制

【写作年份】2013年

【正文】

随着我国社会经济的迅速发展,我国人民的财产得到了极大的增加,在这种背景下除了传统的法定财产制之外一种新的财产制引起了人们的极大兴趣,这便是夫妻约定财产制。

所谓夫妻约定财产制是相对于法定夫妻财产制度的一种夫妻间财产制度,也称夫妻财产制契约或合同婚姻财产制,是指当事人对婚前财产和婚姻关系存续期间所取得的财产,以协议的方式确定其归属、管理、使用、收益、处分及债务清偿,婚姻解除时财产的清算等事项的法律制度。

夫妻之间约定财产的归属本是夫妻之间的个人经济问题,与第三人没有什么关系,但由于夫妻关系的特殊性使得家庭在对外方面保持了一致性,当夫妻的一方与第三人发生经济往来的时候怎样处理第三人和整个家庭的关

系，第三人与家庭关系中的另一方的关系如何处理？夫妻之间的财产约定能否对抗第三人？如果夫妻采取约定财产归属的方式逃避债务损害第三人债权该如何处理？

一、现行法律规定

现行《婚姻法》第十九条第三款就是针对这个问题所做的规定，最高人民法院在《婚姻法若干问题的解释(一)》第十九条对其进行了进一步的解释，规定了夫妻一方的举证责任，只有在第三人明知夫妻之间存在财产约定的情况下才能免除另一方的责任。但是实际情况并不是这么简单。

二、法律规定适用的疑难点

1、如何举证第三人知道夫妻之间存在财产约定

由于第三人不知道夫妻间存在财产约定，一旦发生纠纷则第三人可以请求以夫妻共同财产进行清偿，这就使得第三人为了保护自己的利益，使自己的债权尽可能得到清偿，会想方设法否定自己知道夫妻间财产协定。在这种情况下夫妻中不负债的一方想要举证第三人知道财产协定的存在从而免责，是非常困难的。实际上造成了夫妻有福不同享，但有难要同当的情况。

2、容易导致夫妻一方与第三人串通恶意谋取另一方财产

比如说A和B是夫妻，二人在婚前签有财产协议，规定二人的收入归各自所有，债务由各自负责。婚后B有了外遇C。于是B想与A离婚而与C长相厮守，但苦于B平时花销无度，积蓄不多，而A则有大笔存款。这时B和C合谋，由B打欠条给C，再由C向A所要。且C声称事先并不知道A和B之间存在财产协议。那么按照我国现行的婚姻法的规定则A就由义务向C进行清偿。从而实际上严重地侵害了A的权益。

三、完善建议

针对这种情况国际上通行的做法以及我国理论界现在讨论较多的做法是实行夫妻约定财产制的公示制度。

采用在公示机关公示的方法保护第三人的权益，同时可以防止第三人和夫妻间一方串通谋取另一方财产。夫妻间财产协议本是夫妻间为了处分自己财产利益而签订的双方的契约，如果要进行公示的话是否会造成两方面的问题？第一，夫妻财产协定是不是隐私？如果是隐私的话怎么公示？第二，如果夫妻财产协定进行公示的话谁可以进行查询？

现在有几种主张，一种是完全公开，任何人都可以查询，这种方式笔者认为范围太过广泛不利于保护当事人的隐私。另一种是向部分人开放，比如律师等专业人士。但由此也带来了另一个问题就是增加了第三人的交易成本。如果这种查询需要专业人士的参与的话有多少第三人有这样的时间和金钱可以支持？更何况在我国大量存在的是私人之间的借贷以及小规模的经济往来，很难想象一个小杂货铺与人交易时还要去查询一下对方是否有夫妻财产约定。这项制度在我国的现实意义有多大？

笔者以为，能否采用另一种替代方式，采用约定财产制的夫妻有向第三人提示其存在夫妻财产约定的义务，即负债的一方在与第三人交易的同时有义务告知对方自己采用了约定财产制。并且要求第三人明确表示其对此事的知晓。如果夫妻一方在与第三人交易中没有履行告知义务导致第三人向另一方追偿的，另一方有权向负债一方求偿。即夫妻间像合伙一样采用连带责任。

根据现行的《婚姻法》，我国婚姻法所赋予夫妻财产约定对外效力的这种模式虽能保护第三人的利益，但夫妻一方要在诉讼中证明第三人明知并不容易，影响了夫妻财产约定适用的意义，这有待于我国在进一步完善《婚姻法》过程中，建立夫妻财产约定的公示程序加以解决。

婚内借贷关系可诉性探讨

2013年11月05日 江苏法制报 朱朝阳 刘涛

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(下称《婚姻法解释三》)第十六条规定：夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可按照借款协议的约定处理。该条明确了以下几点：一是特定的出借财产，只囿于夫妻的共同财产；二是特定的出借用途，仅限于一方的个人事务或经营活动；三是特定的处理方式，在离婚时按约定处理。笔者认为，该条蕴涵着一个重要信息——有限认可借款效力。因此，夫妻之间在特定范围内的借款协议只要不违反法律强制性规定可视为有效，则在婚姻关系存续期间，一方持借条向对方主张权利的，法院应根据借款资金来源、出借用途，并结合上述司法解释的规定，可区别不同情形加以处理。

以共同财产出借，用于一方从事个人经营活动或其他个人事务的情形。根据《婚姻法解释三》第四条规定，“婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，法院不予支持”，即出借方于婚姻关系存续期间主张权利的，法院应驳回其诉讼请求。换句话说，法院受理其诉求是前提，而非不予受理或者驳回起诉。因此，此种情形下，原告有权提起诉讼，但无胜诉权。

以一方个人财产出借，用于另一方从事个人经营活动或其他个人事务的情形。《婚姻法解释三》第十六条是对夫妻一方将夫妻共同财产出借给另一方从事个人经营活动或用于其他个人事务的情形的可诉性予以了肯定，而夫妻共同财产相对于夫妻一方个人财产而言，因其归属不可分割，显然属于属性更为复杂的财产。根据当然解释中举重以明轻原则，对属性更为复杂的夫妻共同财产之争议已然肯定其属于可诉性财产范畴，则夫妻一方个人财

产相较而轻的争议当然具有了可诉性的财产范畴。而且笔者认为,此种情况下的婚内借贷关系与发生在一般自然人之间的借贷关系其实无异,处理上可以从其规定。应当注意的是,出借方应对其出借的财产系其个人财产承担举证责任,法院对此应予严格审查。

夫妻债务如何认定

2013年11月05日 江苏法制报 李璇

[案情]被告赵某因经营所需,于2010年11月10日向原告韩某借款60000元。由朋友洪某、妻子伏某担保,担保人承诺自愿承担连带担保责任。2011年1月27日,赵某与伏某离婚。借款期限届满后,2011年4月,原告韩某的代理律师曾要求被告洪某偿还上述借款未果。原告于2013年1月24日诉至法院,要求依法判令三被告偿还原告借款60000元及按照同期银行贷款利率4倍的标准支付利息。

[评析]本案焦点问题为被告伏某在借款期限届满前已离婚,能否不再承担夫妻共同债务。

关于夫妻债务问题,涉及离婚时夫妻债务在夫妻之间如何承担的内部关系,以及债权人向夫妻双方求偿时形成的外部法律关系。我国婚姻法司法解释规定,债权人就婚姻关系存续期间夫妻以个人名义所负债务主张权利的,应当按夫妻共同债务处理。债权人只要证明该债务形成于夫妻关系存续期间,夫妻双方应当共同对外承担偿还责任。夫妻一方否定责任承担的,需从债权人与债务人明确约定为个人债务或债权人知道夫妻为约定财产制方面予以抗辩。依据上述规定,被告伏某与被告赵某需共同承担诉争的债务及利息。但实务中,该规定会被一些不诚信的人所利用,夫妻一方与债权人串通损害另一方配偶的利益的情形时有发生,对此司法解释指明了救济途径,双方对共同债务承担连带责任,一方对共同债务承担连带清偿责任后,可以基于离婚协议或者法院的法律文书向另一方追偿。

案件审理中的法官思维

2013年11月06日 法制日报法学院 张建

既有必要也是必须要重新返回案件审理的实地场域,通过田野观察之后来仔细地梳理其中内在的各式机理及逻辑,以便形成真正的“根据中国”而非“关于中国”的思考和讨论。

对于当下中国法院的实践及其效果究竟应该如何评价,学术界有着不同的争议。之所以有如此众多的争议,很大程度上是因学者赖以凭的理论框架与研究进路的前设所致,比如程序正义理论、传统和合文化思想等。由于既有的观点都是通过选择某一理论作为支点,进而可以说它们都是戴着有色眼镜在观察法院的案件审理及诸多实践,这注定是无法看到法院在审理案件时的真实逻辑,也无法洞见到法官审理案件时的思维方式和过程。为此,既有必要也是必须要重新返回案件审理的实地场域,通过田野观察之后来仔细地梳理其中内在的各式机理及逻辑,以便形成真正的“根据中国”而非“关于中国”的思考和讨论。

2013年暑假期间,笔者来到某市法院进行田野调查,第一天就碰到某法官下午要审理一件较为难办的案件。该案件在当地法院之所以被称之为新颖和难办,新颖既有第一次碰到此类案件的味道,更重要的则在于法律关系的新颖。该案件既不同于一般的环境污染案件,又有别于一般的合同纠纷,所以适用法律尤其是证据认定上就存在很多疑难。难办就在于原告并没有请律师协助,使得案件无法按照法律规定的程序走下去,也无法与原告在法律的路径上进行沟通,而被告则干脆没有到庭。对于这种情况,要是原告坚持诉讼请求的话,法官只能开庭审理,而按照既有证据又无法认定被告侵权,则可能会驳回起诉,这种结果原告肯定是无法接受的。因此,在庭前的非正式沟通中,法官就耐心地劝说原告撤诉,并就该案件应该如何取证、进行司法鉴定和提出诉讼请求等对原告进行了详细的讲解。在法官劝说原告撤诉之时,笔者注意到两个问题:第一,当原告要求/请求法官给其写了书面材料之时,法官立刻就拒绝了;第二,法官在劝说过程中,始终不断地强调“将心比心”、“我要是碰到你这种情况,也会着急”等。

很显然,对于法官在审理该案件过程中所扮演的角色,如果简单地套用当下教科书教给我们的那套知识肯定是无法充分而有效地解释全部的实践逻辑。众所周知,上个世纪90年代开始,由于案件受理的激增以及话语方式的转变,法院开启了庭审方式改革,其中最为紧要之处就在于法官所扮演的角色发生了很大的变化。在既往的案件审理程序中,法官不仅要审理案件,还需要担负发现和证实证据的责任。通过庭审方式的改革,法官更多时候则是对原被告呈现在其面前的证据进行判断,举证责任也相应地分配给原被告,因此在案件审理过程中则要求法官扮演中立的、被动的角色。如果以此为依据对法官的做法予以评价的话,则会发现,其行为很显然是突破了被动的、中立的角色,甚至还扮演起帮助原告出谋划策的角色。由此可以得出的结论是:其行为是需要加以批判的。

庭审方式的改革、案件的不断激增尤其是错案追究制度的构建,使得法官在案件审理过程中更喜欢教条地执行法律,所导致的后果就是“案结事不了”,众多的涉诉信访就是较为明显的例证。针对这种情况,法院系统发起了一场新的思维转化,要求法官不仅要审结案件,还需要做到“案结事了”,这种思维变化反映到案件审理方式上就是:更加重视和强调调解的功能,对此还构建起调解考核制度甚至调解率要求的强化机制。调解本身所蕴含的内在价值在于其所具有实现正义的功能,但调解实现的正义并非是程序主义者所宣称的程序正义,更多的是实体正义,尤其是与日常生活紧贴的实体正义。调解机制的内在价值与政法传统下司法的群众路线的内在精神是内在勾连在一起的,而要实现实体正义,则需要法官深入到原被告产生争议的场域之中。因此,如果以此作为评价该案法官行为的依据的话,则发现其并没有能深入到事发现场,而仅仅是限于办公室的交谈,进而也是需要反思和批判的。

但是生活塑造了理论,而非理论塑造了生活。仅仅以单一理论作为研究的进路,显然会发现该法官的行为的确有很多需要反思之处,但其毕竟又成功地实现了案件的解决,至少可以说是暂时地达到了“案结事了”的目的,为此有必要去探究法官在案件审理过程中的真实思维。实际上就法官来说,在审理案件之时之所以耐心地劝说原告撤诉和帮助出谋划策,并非是其有意识地在实践某种法学理论或司法哲学,而是有着内在的较为合理的行为逻辑:

第一,案件不能搞砸在自己手中。由于法院构建了法官绩效考核指标,对法官的结案率、案件平均审理时限都有着严格的规定。劝说原告撤诉,则是最为有效率地结案方式。虽然撤诉后,原告经过一番准备之后可能又会重新起诉,但由于案件是随机分配的,因此案件会分配到谁的手中就很难说了。

第二,既定的法律尤其程序规定对法官构成了强有力的约束。虽然法官在劝说原告撤诉之时,不断地重复和强调换位思考和将心比心,也细心地给原告就应该如何取证、固定证据以及提起诉讼请求等加以指导,但从没有越过法律的雷池。

第三,实体正义观仍然是法官行动的内在动力之一。虽然西学东进已有一百多年,我国近几十年通过法律移植、模仿等也构建起现代的司法制度,但司法在运作之时,其中的行动主体如法官仍然受到传统的实体正义观的支配。有所区别的是,当下的法官更多地是在追求自身利益最大化的基础上,在既定的程序的框架之下,谨慎地追求实体正义的实现。

本案法官在案件审理过程体现出来的诸多特征,并非是单独和孤立的,而是中国整体法治建设和状况的征兆。为此可以推断,当下中国的法治建设,既非像某些保守主义者所言,由于法律移植出现了诸多的水土不服;也非像某些西化论者所说,一旦移植西方法律之后实践上就会有大的改观。诸多的实践表明,当下中国秩序形成原理既与传统社会运作逻辑渐行渐远,但也并非是一蹴而就,而更为紧要的则是西学逐渐地与中国自身的思想融为一体,并不断推动当下法治秩序的形成。

私生子与婚生子的继承权是否等同

2013年11月01日 中国法院网 郭扬辉 张火元

【案情】

2005年端午节时,经远方的亲戚高某介绍,章贤明与黄红英相识、相恋,2005年12月,按农村习俗举行了婚礼,随后领取了结婚证。婚后生育一女孩章丽平。2008年3月,章贤明外出打工,南下挣钱。不久,他在外结识了一位一四川妹子姚素珍,并同居生活。2009年10月,姚素珍发现自己已怀孕了,遂告知章贤明,开始章贤明无所谓,整天就知道与姚素珍吃喝玩乐。可到了快要回家过年的时候,章贤明便要姚素珍去做了,姚素珍不同意,两人发生了争吵,姚素珍离开了章贤明。2010年8月,姚素珍生下一男孩,取名为姜明华。姜宏平得知后,多次看过儿子,并通过DNA检测证明姜明华是自己的亲生骨肉。2010年11月,姜宏平因车祸突然死亡,获得赔偿31万余元。此后,黄爱玲要求姜明华继承其生父姜宏平的遗产。但周娟极力反对,认为姜明华是私生子,无法证明姜明华就是姜宏平的亲生儿子,无权继承姜宏平的遗产。无奈,黄爱玲一纸诉状告到法院。

法院经审理查明:姜宏平确属姜明华的亲生父亲,因此,根据我国《婚姻法》和《继承法》的有关规定,作出了姜明华有权继承其生父姜宏平遗产的判决。

【评析】

本案首先要知道什么是非婚生子女?

非婚生子女,是指父母非婚姻关系所养育的子女,包括婚前、婚外性行为所生子女和养子女,有扶养关系的继子女以及未经丈夫同意、事后丈夫又不认可的人工授精所生的子女。

非婚生子女的法律地位和权利。《中华人民共和国婚姻法》规定:“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利,任何人不得加以危害和歧视。”“非婚生子女的生父,应负担子女必要的生活费和教育费的一部或全部,直至子女能独立生活为止。”非婚生子女和生父的关系,必要时可通过生母提出的证据或其他人证、物证加以证明。如经生母同意,生父可将子女领回抚养。如抚养非婚生子女的生母与他人结婚,其夫愿意负担该子女的生活费和教育费的一部或全部,则生父的负担可酌情减免。

婚生子女与非婚生子女,虽然在出生形式上是合法婚姻和非法婚姻的不同产物,但其法律地位却是相同的,承担相同的权利和义务。

其次要弄清非婚生子女是否享有继承权?

非婚生子女是否享有继承权?非婚生子女的继承权,依法受法律保护。《婚姻法》第二十五条规定“非婚生子女享有与婚生子女同等的权利,任何人不得加以危害和歧视。”该条的规定,把非婚生子女的地位视同婚生子女,也就是说,婚生子女享有的一切权利,非婚生子女同样享有,且不允许任何个人、组织、法人加以危害和歧视,由此而引起的侵权,由侵权人承担完全责任。

养子女,《婚姻法》第二十六条规定“国家保护合法的收养关系,养父母和养子女间的权利和义务,适用本法对父母子女关系的有关规定。”该条的规定,是对合法成立的收养关系、因此而成立的养父母子女关系,与生父母子女关系完全等同,只有在养子女经合法手续解除关系后,这种地位才会丧失,除此,任何个人、组织、法人不得解除这种关系或剥夺其地位。

继子女，《婚姻法》第二十七条规定“继父母与继子女间，不得虐待或歧视。继父母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用对父母子女关系的规定。”该条的规定明确了继父母子女之间的关系，适用对父母子女关系的规定，即继子女取得了与亲生子女同样的法律地位。

关于“人工授精所生子女”的法律地位难以确定，最高人民法院《关于夫妻离婚后，人工授精所生子女的法律地位如何确定》的复函明确了在婚姻关系存续期间经夫妻协商同意，或虽未协商同意，事后丈夫认可的均适用《婚姻法》关于父母子女关系的规定，对于事先未经得丈夫同意，事后丈夫也不认可的，只确认了与其生育妇女的关系，对生育妇女而言，人工授精所生子女可视为非婚生子女。

由此可见非婚生子女，享有与婚生子女同等的权利，在继承问题上均属第一顺序继承人，其继承权是法定的，不可侵害的。

在本案中，由于姜宏平与姜明华曾经做过亲子鉴定，表明姜明华确实是姜宏平的亲生儿子，所以对于两人的父子关系应当予以承认。虽然姜宏平与黄爱玲婚外通奸生子的行为是与社会道德相违背的，但他们所生的儿子姜明华是无辜的，不应受到任何不平等的对待和歧视。根据我国《婚姻法》第 25 条和《继承法》第 10 条之规定，姜明华应当拥有与姜梅花同等的继承权，与姜梅花同属于第一顺序的法定继承人，同时具有均等的继承份额。

夫妻共同财产中的“按揭”房屋分割问题探讨

2013 年 10 月 25 日 中国法院网 张彬

《婚姻法解释三》的出台，让我国夫妻共同财产中的“按揭”房屋立法渡过了“从无到有”的历程。然而，《婚姻法解释三》所引发的巨大争议，让我们意识到“按揭”房屋分割的立法依然面临着如何“从有到优”的难题。笔者认为，在“按揭房屋”分割中，如何平衡妇女权利的保护和个人财产权利的保护、如何让法律闪亮出道德的人文关怀等等，需要我们再次回到实践中去找寻答案。

一、“按揭”房屋分割制度的理论分析

“按揭”一词属于舶来品，源自于英美法上的让与担保制度(mortgage)，经香港引入中国。但是，我国的商品房按揭和英美法上“mortgage”在法律主体、法律关系等制度构造方面均存在较大差异。一言以蔽之，“商品房担保贷款，也就是人们通常所说的商品房按揭”，其法律关系包括购房者与开发商之间的商品房买卖关系，开发商与银行之间的按揭贷款合作关系，购房者与银行之间的房产抵押关系等等。然而，这种复杂的法律关系在我国缺乏专门的法律予以规范调整，相关的法律制度供给严重不足，按揭房屋只能以一种“非典型担保”的名分存在于我国现行法律体系的灰暗地。当房地产业带动商品房按揭的“全面开花”和高涨的房价促使按揭房屋处于家庭财产中的“核心地位”时，其往往也成为离婚时的夫妻共同财产分割中的“争夺焦点”。为了统一裁判尺度，《婚姻法解释三》第 10 条规定：“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同，以个人财产支付首付款并在银行贷款，婚后用夫妻共同财产还贷，不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的，人民法院可以判决该不动产归产权登记一方，尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分，离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则，由产权登记一方对另一方进行补偿。”据此规定，可以认为司法解释者对“按揭”房屋归属为婚前个人财产与婚后共同财产的混合物，在处理该类财产分割时，需要平衡保护个人财产、共同财产以及第三人(银行)财产等三者权益。很显然，单一的法律规定无法有效地应对这个复杂的问题。由于配套的实体和程序法律制度不完善，使得看似理性的制度却没有发挥应有的功效，甚至可能导致“奶酪”分配不公。

二、实践案例及分析

(一) 实践案例

2009 年 9 月，原告陈某(女)与被告吴某(男)结为夫妻，并育有一女。结婚前，按照该地风俗礼节，由吴某及家人花费了首付 5 万余元购买了位于江津区某小区三居室房屋一套(总价款为 19 万元)，房屋产权登记下吴某一人名下。陈某及家人则提供了同等价值的家用电器、首饰等嫁妆。婚后不久，吴某染上了赌博和酗酒的毛病，不仅花光了家里的积蓄和女方的嫁妆，并欠下大量的赌债，而且还经常酒后殴打妻女。为了帮助陈某维系家庭，陈某父母多次给陈某钱款以贴补家庭开支，而按揭房屋的贷款也一直由陈某一入偿还。2012 年 2 月，陈某因不可调和的矛盾，向法院提出离婚申请，并提出要求女儿的监护权。经审理查明：(1) 吴某因被单位开除，无固定生活来源，而且欠下了赌债 10 余万元；(2) 女儿强烈要求与母亲一起生活；(3) 位于江津区某小区的三居室房屋是两人唯一的财产，婚后两人按揭归还了 3 年多，共 9 万多元，现市场价约为 50 万元。

(二) 案例剖析

在本案中，夫妻双方讼争的唯一财产系吴某婚前花了 5 万元首付款，并登记在吴某一人名下的按揭房屋。本案争议的焦点包括：(1) 该房屋的权属认定，是个人财产还是夫妻共同财产？(2) 共同还贷和房屋增值部分权属如何认定，怎样分割？对于第一个争议，《婚姻法解释三》的出台也没能给我们答案。正如最高人民法院民一庭负责人就《婚姻法解释三》的有关问题答记者问时所表示的“对于一方婚前签订买卖合同支付首付款并在银行贷款、婚后夫妻共同还贷这类房产，完全认定为夫妻共同财产或者一方的个人财产都不太公平”，而《婚姻法解释三》第 10 条仅仅是为了便利实践操作，作出“可以判决该不动产归产权登记一方”的规定并不意味着就是认定“按揭”

房屋系个人财产。对于后一个问题,《婚姻法解释三》第10条提出了“折中办法”即“结合共同还贷的款项以及相对应的房屋增值部分,依照照顾女方和子女原则,由房屋所有人给对方相应补偿”,但这在实践操作中存在很多不确定性和制约因素。具体到本案而言,涉案的“按揭”房屋虽然名义上是由双方共同偿还房贷,然实际上是由陈某一个人和其父母承担了所有的还贷义务,而法律意义上的夫妻共同财产事实上是陈某一方的收入,其支付的9万元还款金额甚至超过了吴某5万元的首付款,而这些都是无法获得证据的支持和法律的认同。倘若法院不考虑案件的复杂情况,简单地将房屋判给了产权登记方,肯定会出现显失公平现象。此外,陈某想要获得合理的补偿存在诸多的制约因素:首先,吴某的经济状况,显然已经无力给予陈某补偿,即便是判决吴某补偿陈某高额补偿费,也是“一纸空文”;其次,为了确定房屋的增值数额,陈某还需预支一大笔的评估费用,极大地增加了陈某的诉讼成本。因此,本案若严格依据《婚姻法解释三》第10条规定处理,最终将导致陈某带着孩子“净身出户”的结果,这显然是违背了夫妻共同财产分割中平等和照顾女方、子女原则,也无法实现立法所预期的目的。

(三) 问题梳理

通过剖析上述案例,为我们清楚地揭示了“按揭”房屋分割存在的四对矛盾:

1、法律规定的单一性与按揭房屋类型的多样性之间的矛盾。虽然《婚姻法》及三个解释对房屋分割的原则与方法作出了较多的规定,其中真正涉及“按揭”房屋分割仅存在于《婚姻法解释三》第10条,且限定为“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同,以个人财产支付首付款并在银行贷款”这一种情形。然而,“按揭”房屋按照房屋购买的时间和出资的主体进行分类,可以分为:“婚前一方个人出资,离婚时已取得房产证”、“婚前双方出资,离婚时已取得房产证”、“婚后双方出资,离婚时已取得房产证”、“婚后双方出资,离婚时尚未取得房产证”等四种情况,这四种情况还依据首付款比例等标准进一步细分多种类型。单一的法律规定对此无法做到“具体情况具体分析”。

2、权属判定的简单化与按揭房屋权属构造的复杂性之间的矛盾。依据物权的公示公信原则,《婚姻法解释三》第10条将“产权登记”与最终的“按揭”房屋产权判定进行了衔接。然而,“按揭”房屋往往既是婚前一方或双方个人财产与婚后共同财产的混合体,又因房屋的增值部分原因的多样性(既有可能是因房价上涨而引发的自然增值,还有可能是因投资行为而引发的增值),以及涉及到债权人银行的抵押物权利利益,使之权属构成异常复杂。《婚姻法解释三》作出的“可以判决该不动产归产权登记一方”规定容易失之片面。

3、财产计算的功利性与夫妻关系的伦理性之间的矛盾。婚姻家庭不能完全摆脱经济社会物质基础的制约,市场经济的规则也要为夫妻双方所遵守,例如公平原则、禁止权利滥用等。然而,显然也不能视夫妻财产关系完全等同于市场经济关系,因为一个家庭的组建、一段婚姻的结合不仅仅是财产的组合和叠加,更融合了亲情、爱情等家庭伦理因素。至于夫妻双方对家庭的付出、感情的投入、亲情的建立不仅根本无法简单用财产衡量,还在于这种衡量的本身往往也会陷入“剪不断理还乱”境地。

4、法律名义平等与现实习惯差异之间的矛盾。虽然此次《婚姻法解释三》的出台极大地“彰显责任平等意识”,弘扬理性婚姻。然而,男婚女嫁,“男方提供的婚房,女方提供的嫁妆”仍然是中国婚姻的常态,且房屋价值目前多处于增值状态,尽管有一定的补偿,但这种补偿是远远不够的。正因为女性共同还贷以后,实际上就放弃了个人买房的机会,这事实上导致女性权益保护的弱化。

三、法律完善建议

通过上文对“按揭”房屋分割中相关问题的分析,得出了“按揭”房屋分割中存在的“四对矛盾”,它也真实反映出我国《婚姻法》和三个司法解释的规定还不够完善。针对实践中存在的问题,笔者试图对“按揭”房屋分割的法律规定提出进一步细化的建议。

(一) 增设关于“按揭”房屋的专门规定

“按揭”房屋已经成为百姓购买的主要方式,其自身法律关系的复杂性和类型的多样性决定了正确分割“按揭”房屋的前提是要清晰界定“按揭”房屋的权利归属。目前我国《婚姻法》及司法解释涉及到“按揭”房屋的仅有少数几条规定,而实践已经证实,这种少量的、零散的规定方式无助于解决审判中遇到的疑难问题。因此,我国立法机关可以在《婚姻法》的司法解释中作出对“按揭”房屋分割的专门规定,针对各种类型“按揭”房屋作出具体的规定,以便起到定纷止争的作用。“按揭”房屋的专门规定可以包含以下几个方面内容:

1、确定“按揭”房屋权利归属的认定标准。根据“按揭”房屋的不同类型,充分考虑首付款的资金来源和出资比例,以及所有权的时间,还贷的时间和金额等多种因素,区分“按揭”房屋的权利属性。对于由一方婚前支付首付款,婚后双方共同还贷的“按揭”房屋类型,可以依据婚前首付款在总房款中的比例判定。如果婚前首付款达到50%以上的,且登记于一方名下的,应当认定该房为其个人财产。同样,按揭贷款为其个人债务。婚后配偶一方参与清偿贷款,并不改变该房屋为个人财产的性质。对已归还的贷款中属于配偶一方清偿的部分,应当予以返还。[1]如果婚前首付款未达到50%以上的,可以不考虑房屋产权实际登记情况,直接认定为夫妻共同财产,而对于房屋首付款和购房所欠银行的债务则由双方平等承担。

2、确定针对“按揭”房屋分割的专门原则。在前文对夫妻共同财产分割应遵循的基本原则已经作了详细的介绍,这些原则也必然是“按揭”房屋分割的基本原则。但是,随着“按揭”房屋在夫妻关系和家庭财产中的重要性的增加,房屋作为“家”的显著特征俨然成为了保护夫妻关系中弱者权益的最后一道防线,而针对夫妻共同财产整体的分割原则已无法满足“按揭”房屋分割上具有的特殊性。因此,确定针对“按揭”房屋分割的专门原则显得十分必要且有意

义。笔者认为，应确定子女监护人优先原则。离婚后未成年子女特别是尚处于婴幼儿时期的子女，多数由母亲履行其监护权。而《关注单亲女性》的调查报告揭示出妇女离婚后生活水准普遍下降。调查显示：单亲女性的年均收入是男性的79%，其中离异女性是离异男性的81%。对于离婚后抚养子女的母亲来说，即使加上孩子父亲给付的子女抚养费，其家庭人均年收入仍仅为双亲家庭的55%。有44%的离异女性表示物质生活水平有所下降或明显下降。因此，为了达到公平正义的目的，“按揭”房屋应优先判定给履行子女监护职责的一方。

（二）增设“按揭”房屋资金份额登记制度

由于夫妻是一个由婚姻关系连接的利益共同体，所以购买房屋的资金来源比较复杂，有可能是夫妻一方支付的，有可能是夫妻双方支付的，还有可能是夫妻一方或者双方的父母支付的。资金的来源不同，就会使得按揭房的所有权大有差异，此外，婚后还贷行为，也可能由一方承担，但基于是夫妻共同财产，既无法分别又无力举证。对此行之有效的解决办法就是对“按揭”房屋资金份额进行登记。即为避免争议、强化财产对第三人的对抗效力，夫妻可以就“按揭”房屋各方的出资金额和还贷金额向有关部门进行明确登记。进行份额登记的“按揭”房屋，可以很清楚辨认夫妻双方在“按揭”房屋所有权取得的贡献，此举不仅可以简化夫妻间的财产关系，还对减少纠纷大有帮助，实现对维护社会稳定和谐起到积极作用。

（三）制定“按揭”房屋增值部分的分割方法

在制定“按揭”房屋增值部分的分割方法时，笔者认为，可以借鉴美国在财产收益方面的立法。具体而言，应该充分考虑到一方是否对房屋的增值作出了贡献。这里贡献既包括金钱上的贡献，还应包括投入的劳动、时间、照料老人和子女、操持家务劳动、付出的智力等；如果房屋的增值并非因为上述原因，而是由于政治、经济等客观因素造成的，如物价的上涨、市场的自然规律、通货膨胀、社会经济的发展等，那么对于增值的部分，仍应当作为个人所有的财产，不对其进行分割。对与一方为增值作出贡献的，应当给予其适当的补偿。此外，为了防止“法律白条”和增加“弱势方诉累”现象发生，可以同时制定“按揭”房屋补偿款提前支付制度，即“按揭”房屋所有权归属方应当预先支付判决所确定的补偿款，一旦所有权归属方无力支付或不愿支付相应的补偿款，法院有权重新划定“按揭”房屋所有权归属或对房屋进行依法拍卖。对于弱势方提出的房屋评估申请，也应当赋予法院相应的裁量权，即根据离婚双方的经济条件，确定是由申请方或双方共同预先垫付，甚至还可以设立相应的评估基金以帮助弱势方权利得到有效维护。

立遗嘱 那些不能犯的错

2013年11月06日 北京晚报

近些年来，这样的一幕情景不断在我们身边上演：年迈的老人家就要驾鹤西去，但儿女晚辈却为如何多占多分遗产争执不休，反目成仇。很多老年人认为，遗产分配有《继承法》管着，等自己百年之后，儿女们自然可以按照法律的规定获得遗产，所以自己立不立遗嘱没多大关系；还有的老人顾虑立下遗嘱会遭到遗嘱中继承份额较少或不是继承人的子女的怨恨。丰台法院法官针对老年人订立遗嘱存在的误区，进行了法律解答。

误区 1

立不立遗嘱没多大关系

案例：赵某与王某系夫妻关系，育有一子一女。赵、王先后死亡，生前均未立遗嘱，两人遗留有存款30余万元。儿子与女儿就上述存款的继承分割产生纠纷后诉至法院。两人均称自己对父母尽了主要赡养义务，且与父母共同生活，依此两人均主张自己应多得遗产；双方均出示了大量证据证明各自的主张。法院经审理查明，赵某与王某生前与女儿长期共同生活，故女儿可依法多分得遗产。显然，儿子在虚构事实，导致兄妹关系进一步恶化。若赵、王二人生前均立有遗嘱明确了继承人及各自份额，则很有可能避免上述纠纷，进而使得儿子与女儿的亲情感得以维系。

法官分析：相对于法定继承来说，遗嘱继承具有一定优势。

首先，遗嘱继承的效力优先于法定继承。如果公民生前立有遗嘱，且该遗嘱有效成立，则应该按照遗嘱处置遗产；没有遗嘱或遗嘱无效时，方可按照法定继承分配遗产。

其次，遗嘱继承充分体现了法律对公民自由意志的保护。遗嘱继承使得公民可以按照自己的意思表示安排遗产归属，不再受到相关法律、法规关于法定继承人顺序、份额安排的限制。此外，遗嘱继承还有一种特殊形式，即遗嘱赠与。遗嘱赠与的受益人不再受法定继承人范围限制。法定继承人以外的国家、集体组织、社会团体或者其他非法定继承人都可以通过遗嘱获得遗嘱人财产。如此看来，有没有遗嘱就大不一样了。

误区 2

立了遗嘱恐怕也没用

案例：张老太的丈夫早年去世，她一直和大儿子共同生活。2000年，张老太以成本价购买了其承租的原工作单位自管公房一套，所有权登记在张老太名下。2005年张老太病重住院。住院期间，二儿子擅自为张老太办理了出院手续，并将她接至自家居住。大儿子发现此事后多次要求探望张老太，均被拒绝。张老太在二儿子处居住期间，被逼迫立了一份代书遗嘱，内容为张老太死亡后其遗留的房屋由二儿子继承。此后，张老太病危，二儿子通

知大儿子前去探望。张老太见到大儿子后，将二儿子逼其立代书遗嘱的事告知了大儿子，随后张老太自己书写了自书遗嘱交给大儿子，遗嘱内容为张老太死亡后其遗留的房屋由大儿子继承。

张老太死亡后，二儿子起诉大儿子，要求按代书遗嘱继承张老太的房屋。庭审中，大儿子出示了张老太的自书遗嘱，并要求按时间在后的自书遗嘱将诉争房屋判归自己继承。

最终，法院判决诉争房屋归大儿子所有。张老太以后立的自书遗嘱废止了之前的代书遗嘱，充分行使了自己的遗嘱自由权利。

法官分析：根据相关法律法规，公民享有订立遗嘱的自由。这种自由包括遗嘱设立自由，遗嘱撤回与变更自由，遗嘱内容自由，以及遗嘱形式选择的自由。

遗嘱的法律性质属于单方法律行为，只要立遗嘱反映了立遗嘱人自己的真实意愿，内容不违反法律法规的限制性规定，其所立遗嘱就是合法有效，受到法律保护的。因此，老年人完全可以按照自己的意愿，考虑种种因素，将自己生前积累的财产分配给法定继承人中的一人或数人继承，并决定他们获得遗产的份额。当然老人也有权决定将遗产部分或全部赠送给法定继承人以外的其他人。老年人行使上述权利时，不需要征得其他人的同意，包括子女在内亲属也不得干涉，更不能强行索取老年人的财物。

误区 3

设立共同遗嘱更省事

案例：王某与钱某系夫妻关系，有一子一女。王某与钱某婚内共同购买了楼房一套，两人由王某书写了一份遗嘱并由王、钱二人共同签名，表示遗留房屋由孙子小王继承。

王、钱二人相继去世后，小王持上述共同遗嘱起诉父亲及姑姑，要求判令王、钱二人所留房屋归其所有。姑姑对遗嘱内容字迹及立遗嘱人的签名均无异议，但认为钱某仅在遗嘱上签名，并未参与遗嘱内容的书写，故此遗嘱形式对钱某来说不是自书遗嘱，也不符合代书遗嘱的形式要件。对此，小王又提供录像一段，该录像显示爷爷王某宣读一份文字材料，内容与上述遗嘱一致，奶奶钱某在一旁边听边点头，王某读完后两人在文字材料上

法院结合上述遗嘱及影像材料最终判决支持了小王的诉讼请求。若小王没有录像等其他辅助证据，则奶奶钱某的遗嘱真实意愿将很难被充分证实。

法官分析：共同遗嘱包括三类。第一类，单纯共同遗嘱，即数个遗嘱的内容完全独立，仅是记载于一个遗嘱载体之上。第二类，相互共同遗嘱，立遗嘱人互为遗赠或相互指定对方为自己遗嘱继承人的遗嘱。第三类，牵连共同遗嘱，相互以对方遗嘱为条件的遗嘱。后两种遗嘱带有协议的性质，类似于合同。

上述三类，除第一类实际为数个独立遗嘱外，其余两者根据我国法律是被限制使用的。之所以限制共同遗嘱的使用，概因共同遗嘱之存在，使得遗嘱效力难以确定，而且限制了遗嘱人的遗嘱自由。为避免不必要的麻烦，建议各位老年朋友尽量不使用共同遗嘱。

提醒

订立遗嘱注意保密

《继承法》第 20 条第 1 款规定，公民可以撤回、变更自己所立遗嘱。撤回的方式主要有三种：

第一种，废止遗嘱。如，以遗嘱 B 废止遗嘱 A，遗嘱 A 即视为被撤回；

第二种，以订立时间在后的遗嘱取代订立时间在前的遗嘱。如按照《继承法》第 20 条第 2 款，公民立有数份遗嘱，如内容相抵触，以最后所立遗嘱为准；

第三种，以生前行为取代遗嘱。《继承法意见》第 39 条，公民生前的行为与遗嘱的内容相反，致使遗嘱所述财产在继承开始前全部或部分灭失，所有权全部或部分转移，可以视为撤回或部分撤回其所立遗嘱。

另外，需要格外提醒老年人注意：五种遗嘱形式中公证遗嘱效力最高，因此要想撤回公证遗嘱，立遗嘱人就必须依据《遗嘱公证细则》申请并履行相关公证程序，否则不产生撤回公证遗嘱的效力。

老人订立遗嘱后，遗嘱内容要注意保密，遗嘱书也要妥善保管，防止丢失或被别人篡改。虽然遗嘱中篡改的部分无效，但是会产生不必要的麻烦。日常生活中，有的子女在获知老人立遗嘱或遗嘱内容后，对自己不是遗嘱中的继承人或继承份额较少，便会找立遗嘱人或其他继承人闹事，使老人被迫多次修改遗嘱，造成老人身心受到很大伤害，也不利于家庭的和睦与团结。因此，老人有必要做好遗嘱保密工作，在适当的时候把遗嘱书交给继承人。

杨晨：夫妻关系存续期间的债务应如何认定和偿还

2013 年 11 月 04 日 中国民商法律网 杨晨

内容提要：离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决。

【案情】

原告李某英，女，汉族，住福州市鼓楼区。

被告李某钦，男，汉族，现住福州市仓山区。

被告李某，女，住福州市仓山区。

2011年3月份起，两被告陆续向原告借款，截止2011年6月1日，两被告共向原告借款人民币250000元，由被告李某钦作为借款人出具借条，并约定借期半年，月息1.3%。被告李某以担保人的名义在借条上签字。2012年4月16日，两被告再次以开办足浴会所需要资金为由向原告提出借款要求，而原告没有现金，故将自己的房子抵押给郑某清后以自己的名义向郑某清转借人民币400000元给两被告，被告李某钦作为担保人，三方签订一份借款合同；同时，被告李某钦作为借款人又向原告出具一张借条，确认向原告借款人民币400000元的事实，被告李某也以担保人身份确认，并约定三个月内归还，两被告提供其座落于福州市仓山区的房租给原告居住，并以息代租（后因两被告无家可住，原告于2012年7月10日退租）。但是借款到期后，两被告却以生意失败，无力归还为由，拒不返还上述借款和利息。

【审判】

一、被告李某钦、李某应在本判决生效之日起10日内偿还原告李某英借款本金人民币650000元。

二、被告李某钦、李某应在本判决生效之日起10日内偿还原告李某英上述借款其中本金人民币250000元的利息（月利率按1.3%计算，时间从2011年6月1日起计至本判决确定的债务履行之日止）。

【评析】

一、夫妻共同债务的认定

原则上，夫妻关系存续期间，一方或者双方对外所负的债务，均属于夫妻共同债务。但是有两种例外情形：

（1）夫妻一方“婚前”以个人名义所负的债务应为个人债务，但债权人能够证明所负债务“用于婚后家庭共同生活的”，应当认定为夫妻共同债务（婚姻法解释（二）第23条）；（2）婚姻关系存续期间，夫妻一方以自己的名义对外所负的债务，夫妻另一方能够证明“债权人与债务人约定为个人债务”或者能够证明“债权人于债务发生时知道夫妻约定财产分别所有”的，应当认定为夫妻个人债务（婚姻法解释（二）第24条）。

二、夫妻共同债务的清偿

《婚姻法》第四十一条规定：“离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产各自所有的，由双方协议清偿；协议不成时，由人民法院判决”。根据该规定，离婚时，夫妻共同债务按照以下步骤清偿：（1）以夫妻共同财产清偿；（2）夫妻共同财产不足以清偿，或者财产各自所有的，由双方协议清偿；协议不成的，由夫妻双方承担连带清偿责任。

除非当事人另有约定，在婚姻关系存续期间，夫妻一方取得或者双方共同取得下列的财产均属于夫妻共同所有的财产：

- （1）工资、奖金；
- （2）生产、经营的收益；
- （3）知识产权的收益；
- （4）继承或赠与所得的财产，但遗嘱或赠与合同中明确财产只归夫或妻一方的除外；
- （5）其他应当归共同所有的财产。

须要注意的是，根据法律规定，当事人的离婚协议或是法院的判决书、裁定书、调解书已经对夫妻财产分割问题作出处理的，无论一方在离婚时是否分得夫妻共同财产，也无论分得的夫妻共同财产是多是少，债权人仍有权就夫妻共同债务向夫妻双方主张权利。当然，一方就共同债务承担连带清偿责任后，基于离婚协议或者生效法律文书向另一方主张追偿的，法院应当支持。

三、本案中的债务应如何认定及清偿

本院认为，合法的借贷关系应受到法律保护。被告李某钦两次向原告李某英借款合计人民币650000元并约定利息，均未按约定偿还借款及利息，借款事实清楚，债权债务关系明确，也不存在法律所规定的无效债权的事由，应认定双方之间债务关系合法有效。本案中，该笔债务虽然是以被告李某钦为借款人的名义签订的，但债务发生在夫妻关系存续期间，并且不存在（婚姻法解释（二）第23条）及（婚姻法解释（二）第24条）的特殊情形，故依法按夫妻共同债务处理。被告李某钦及被告人李某依法应偿还原告650000元及约定的利息。

隔代探望权应受法律保护吗？

2013年10月31日 光明网 彭晨

【案情】

农民王大爷因老伴的早逝一直郁郁寡欢，辛苦务农与仅有的儿子相依为命，儿子结婚后孙子童童的出生，让王大爷欣喜不已，孙子断奶后，儿子儿媳提出想外出打工，王大爷便在乡下老家一人照看儿子，这一照顾便是7年。然而，一场车祸夺去了儿子的生命，悲痛不已的王大爷更是把所有的感情寄托在小孙子身上。后来儿媳再婚，觉得老人经常探望孙子，破坏了其正常的生活，便拒绝王大爷再次探望孙子，后因王大爷两年来未见过孙子，与儿媳又协商未果，便将儿媳起诉至法院，请求法院帮助自己实现对孙子的探望权。

【说法】

本案争议焦点在于王大爷是否享有探望权，隔代探望权是否应受到法律保护？对此存在两种不同意见。

第一种意见认为，王大爷不享有探望权，隔代探望权不受法律保护。《婚姻法》第38条第一款规定：“离婚后，不直接抚养子女的父或母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。”因此，享有探望权的主体，只能是不直接抚养孩子的父亲或母亲，孩子的祖父因不具备探望权主体资格而不享有探望权。

第二种意见认为，王大爷享有探望权，隔代探望权应受法律保护。虽然法律上祖父不是探望权的主体，但本着未成年人的最佳利益原则，为弘扬中华民族传统美德和公序良俗，应适度扩大探望权主体，保护隔代探望权。

【分析】

笔者同意第二种意见。《中华人民共和国民法通则》第七条规定：“民事活动应当尊重社会公德。”保护隔代探望权的正确行使，不仅能促进与子女的情感交流，减轻童童的生活孤独感和家庭破碎感，还能延续老人的血缘亲缘，平抚失去家人的心理创伤，体现了中华民族的传统美德和公序良俗。因此，在特殊情况下，允许隔代探望，使祖父母也成为探望权的主体，这样从童童角度考虑，亲情的维护有利于健全良好的人格，增加了社会存在感和自我归属感，有利于童童的身心健康。同时，对老人也是心灵的慰藉，给老人带来生活的希望，体现了法律的人文关怀。因此，依据《中华人民共和国民法通则》第七条之规定，做出判决原告可以行使隔代探望权，充分考虑被告抚养儿子童童的实际情况，可利用节假日或寒暑假放假时间适时适用。探望权期间，如果存在对童童成长不利的行为，可适时中止探望，以保护童童的身心健康。

离婚案件管辖问题综述

2013年11月01日 光明网 司小丽

离婚案件作为有关身份关系的最典型诉讼，一直居于基层法院受理案件类型之首，在家庭和谐及社会稳定方面起到相当大的作用。同时，由于该类案件数量庞大，也常常是管辖权异议的高发领域。管辖权的确定关系到当事人合法权益的维护，对于保障人民法院各司其职、正确裁判、及时解决当事人之间的纠纷有很重要的影响。鉴于离婚案件经常涉及双方当事人几个有联系的地点，容易引发管辖权争议，笔者拟对离婚案件管辖权问题进行综述，以其能在人民法院解决管辖争议时起到一定的作用。

一、离婚案件的一般管辖

《民事诉讼法》第二十一条之规定，对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法若干问题的解释》（以下简称民诉意见）第五条规定，公民的经常居住地是指公民离开住所地至起诉时已连续居住一年以上的地方。但公民住院就医的地方除外。该两条规定适用于所有的民事案件管辖。《民诉意见》第四条规定，公民的住所地是指公民的户籍所在地。

故，在一般情况下，离婚案件适用“原告就被告”的管辖原则，由被告住所地法院即被告户籍所在地法院管辖，被告住所地与经常居住地不一致时，由经常居住地法院管辖。没有经常居住地，户籍迁出不足一年的，由其原户籍所在地人民法院管辖；超过一年的，由其居住地人民法院管辖。

二、离婚案件的特殊管辖

（一）原告住所地法院管辖的特别情形

《民事诉讼法》第二十二条规定了四种情形下提起的离婚诉讼由原告住所地人民法院管辖；原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖：①对不在中华人民共和国领域内居住的人提起离婚诉讼；②对下落不明或者宣告失踪的人提起的离婚诉讼；③对被采取强制性教育措施的人提起的诉讼；④对被监禁的人提起的诉讼（此处应指只有被告被监禁的情况）。如果双方都被监禁，被告被监禁不足一年的，由被告住所地人民法院管辖；被告被监禁一年以上的，由被告被监禁地人民法院管辖。

（二）夫妻一方或双方离开住所地的管辖

《民诉意见》第12条规定：夫妻一方离开住所地超过一年，另一方起诉离婚的案件，由原告住所地人民法院管辖。夫妻双方离开住所地超过一年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖；没有经常居住地的，由原告起诉时居住地的人民法院管辖。

1、关于“原告起诉时居住地的人民法院管辖”的理解

司法实践中有人认为，这里的居住地应当是指起诉时原告的居住地。但笔者认为，首先，本条后半句说的是夫妻双方离开住所地超过一年的情形，与前半句不同的是从整体上看仍然是“原告就被告”的原则，这也同《民诉意见》第七条户籍迁出超过一年没有经常居住地时以居住地法院管辖的规定保持了法律理念的统一性；其次，将“居住地”理解为“被告居住地”能确保在夫妻双方离开住所地均超过一年时，不论被告有无经常居住地，均以被告来确定管辖法院，还能保证该条文的周延。

2、本条规定与一般管辖条文在适用上的区别

这一条在实践中最容易与《民事诉讼法》第二十一条的规定产生混淆。下面通过一个案例来分析：甲男户籍地为A县，乙女户籍地为B县，双方结婚后居住在A县，后乙女离开A县在C市上班。甲男认为夫妻感情破裂向A县法院起诉要求离婚。乙女在答辩期间提出管辖权异议，认为自己的经常居住地在C市，依法应将案移送

C 市人民法院管辖。关于此案处理意见在司法实践中一般有两种观点：移送被告经常居住地 C 市法院管辖或以被告已离开住所地一年以上由原告住所地法院管辖。

笔者认为，会产生不同的观点主要是对于《民事诉讼法》及其司法解释条文的衔接及理解上有差异。《民事诉讼法》第五条是关于管辖的一般规定，称为“原告就被告”的管辖原则，适用于所有的民事案件。《民诉意见》第十二条是有关离婚诉讼中夫妻一方或双方离开住所地如何确定管辖的特别规定，称为“原告就被告”的例外。按照“特别由于普通”的原则，有特别规定时应依据特别规定确定管辖。所以，在夫妻一方或双方离开住所地一年以上时理当根据《民诉意见》第十二条确定管辖法院。有观点提出，在夫妻一方离开住所地超过一年时是否还要区分被告方有无经常居住地？笔者认为没有必要。因为这一条文已经是法律基于“方便当事人诉讼”和“方便法院审理”的“两边原则”做出的特殊规定，如果在这一规定中再区分被告是否有经常居住地，则会陷入逻辑循环而无法确定管辖法院，并且该条文只设立“夫妻一方”或“夫妻双方”离开住所地一年以上的条件，并没有额外增设被告方是否有经常居住地作为适用条件，故只要符合该条文规定的两种情形均可以直接依据该条确定离婚诉讼的管辖法院。就上述案例可以分为以下几种不同的情况确定管辖：

(1) 甲男在与乙女结婚后一直没有离开 A 县，乙女离开 B 县超过一年以上，符合夫妻一方离开住所地超过一年的规定，应由原告住所地即 A 县法院管辖；

(2) 甲男在与乙女结婚后一直没有离开 A 县，乙女离开 B 县不到一年，不符合夫妻一方离开住所地超过一年的规定，应适用管辖的一般规定由被告住所地 B 县法院管辖；

(3) 结婚后双方均外出，甲男在 D 县居住超过一年，乙女在 C 市居住超过一年，符合夫妻双方离开住所地超过一年且被告有经常居住地的规定，C 市为乙女的经常居住地，则应由被告经常居住地即 C 市法院管辖；

(4) 结婚后双方均外出，甲男在 D 县居住超过一年，乙女在 C 市居住不满一年，既不符合夫妻双方离开住所地超过一年，也不满足夫妻一方离开住所地超过一年“另一方”起诉离婚的条件，只能按离婚管辖的一般原则确定被告的户籍所在地 B 县法院有管辖权；

(5) 结婚后双方均外出，甲男在 D 县居住超过一年，乙女离开 B 县超过一年但在 C 市居住不满一年，符合夫妻双方离开住所地超过一年且被告没有经常居住地的规定，应由原告起诉时被告的居住地即 C 市法院管辖。

(三) 关于军婚的离婚案件的管辖法院

《民诉意见》第 11 条规定：非军人对军人提出的离婚诉讼，如果军人一方为非文职军人，由原告住所地人民法院管辖。离婚诉讼双方当事人都是军人的，由被告住所地或者被告所在的团级以上单位驻地的人民法院管辖。

对本条的适用注意亮点：一是军人对非军人提出的离婚诉讼不受该特殊规定限制，二是非军人对军人提出的离婚诉讼如果军人一方为文职军人也不受该条特殊规定的限制，则应按照前述一般管辖或特殊管辖的情况确定管辖法院。

(四) 涉外婚姻的管辖

1、定居国外华侨的离婚管辖

根据《国务院侨务办公室关于印发〈关于对华侨定义中“定居”的解释（施行）〉的通知》（侨政发[2005]203 号）文件规定，定居是指中国公民已取得住在国长期或永久居留权的，或虽未取得住在国长期或永久居留权，但已取得住在国连续 5 年以上合法居留资格，并在国外居住，视同定居。但出国留学人员（包括公派和自费）在外学习期间及因公出国人员（包括劳务人员）在外工作期间，不视为定居。

《民诉意见》第 13 条规定，在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或一方在国内的最后居住地人民法院管辖。该条的适用条件是“国内结婚定居国外”，且不论哪一方提出诉讼，有管辖权的法院都包括婚姻缔结地和双方在国内的最后居住地共三个地方。

《民诉意见》第 14 条规定，在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或在国内的最后居住地人民法院管辖。该条的适用前提是“国外结婚定居国外”，且不论哪一方提出诉讼，有管辖权的法院都包括双方原住所地和双方在国内的最后居住地共四个地方。

2、当事人居住国外但未定居的离婚案件管辖

《民诉意见》第 15 条规定，中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼，国内一方住所地的人民法院都有权管辖。如国外一方在居住国法院起诉，国内一方向人民法院起诉的，受诉人民法院有权管辖。该条文保证了一方在国外居住时另一方的诉权利益，无论国外一方是否起诉，国内一方都有向国内法院诉讼的权利。

《民诉意见》第 16 条规定，中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或者被告原住所地的人民法院管辖。该条适用的前提是“双方都在国外且未定居”，此时有管辖权的包括原告原住所地或被告原住所地两个法院。

婚姻存续期间夫妻共同财产的分割

家事法苑™律师团队编辑、奉献

2013年10月25日 人民法院网 徐雷建

夫妻关系存续期间，一方对属于夫妻共同财产的存款、汽车、房产以及实际所有的其他财产进行控制，并单方使用，又不能说明合理用途，该行为属于严重侵犯配偶享有的共同财产权益，构成隐藏、转移、变卖夫妻共同财产，符合最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（三）》（以下简称婚姻法解释三）的规定。如夫妻双方感情不和，处于分居状态或起诉离婚后，不可能继续共同生活，一方要求对夫妻共同财产进行分割，人民法院应当支持。具体分割时既要考虑一方过错，也要考虑双方的具体情况。

一、典型案例及评析

原告陈某（女）与被告薛某（男）于2005年登记结婚，婚后生育一女薛某某。婚姻关系存续期间，薛某经营双桥大货车收入颇丰，共实际购买、经营大货车3辆，均挂靠于某汽贸公司名下，并由薛某实际控制，购置马自达6轿车一辆，商品房一套，均登记于薛某名下。薛某在外经营货运期间与多名女性有不正当关系，陈某于2011年6月起诉与薛某离婚、要求分割婚后共同财产，并申请对薛某经营的大货车三辆、马自达6轿车一辆、商品房一套实施财产保全。审理过程中，因被告薛某坚决不同意离婚，本案判决不准许双方离婚，并解除财产保全。

2012年5月，陈某以双方未和好为由再次起诉与薛某离婚，并再次申请保全被告管控下的财产。经查，薛某名下财产均已全部变卖、过户。

该案是典型的离婚诉讼中转移、独占夫妻共同财产的案例。当婚姻关系中一方希望通过法律手段来取得夫妻共同财产权益时，实际控制共有财产的一方通过不同意离婚来拖延时间，将所有共有财产转移，转移时间为两次诉讼之间，而另一方却没有很好的救济途径。

基层法院面对的当事人大多是农村居民，离婚案件的这个特点尤其突出。多数情况是男方在本村准备房屋，由女方购置家具、家电等嫁妆，如果双方分居或者起诉离婚，女方不在男方居住，他们的嫁妆等婚前个人财产及部分婚后共同财产就完全失去控制，他们寻求救济的愿望非常强烈。由于现有的法律途径无法对他们的财产权益提供有效的保障，他们可能会采取一些较为极端的办法，比如组织本村人员强拉嫁妆，将导致双方的矛盾无法调和，这与婚姻法的立法本意是相悖的，也无法达到预期的社会效果。

二、婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产的理论基础和婚姻法解释（三）第4条产生背景

夫妻共同财产是最典型的共同共有关系，根据共同共有关系的一般原理，共同共有人在共有关系存续期间，不得请求分割共有财产，亦不得划分内部分额，夫妻一方只有在解除夫妻关系后才能分割夫妻共有财产。法律之所以这样规定，是因为夫妻共有财产是实现家庭职能正常运转，夫妻权利得以实现的物质基础，物质基础丧失可能导致夫妻之间抚养子女、赡养父母等职责失控。婚姻法虽赋予夫妻双方对共有财产享有平等的处理权与支配权，但如何实现支配权，一切交由当事人意思自治。有些特殊情况下，比如本案，当一方完全控制掌握夫妻共同财产并排斥配偶对财产的支配，甚至对共有财产进行转移、变卖时，现行的夫妻财产制度下，除了离婚，法律并没有赋予弱势方其他有效的救济算方式。若配偶一方不能离婚或不愿离婚，此时又绝对不允许在夫妻关系存续期间分割夫妻共同财产，显然有失公平。

一方能否在不解除婚姻关系的情况下主张对夫妻共同财产进行分割，审判实践中存在较大争议。一种观点认为，夫妻共同财产这种共有关系是最典型的共同共有关系，共同共有人在共有关系存续期间，一般不得请求分割共同财产，只要共有关系在，共有人对共同财产就无法划分各自的份额，无法确定哪个部分属于哪个共有人所有。只有在共有关系终止，共有财产分割以后，才能确定各共有人的份额。因此，在婚姻关系存续期间，一方请求分割夫妻共同财产的，人民法院不予受理。另一种观点认为，在某些情形下，法律应当提供夫妻一方在婚姻关系存续期间保护自己财产权利的救济途径。如持有或控制夫妻共同财产的一方，私自对夫妻共同财产进行转移、变卖，为了赌博、吸毒而单独处分共同财产等，而另一方因种种复杂的因素不想离婚，或者在起诉离婚后被法院判决不准离婚，如果绝对不允许分割，只能眼看着对方肆意处分共同财产而无可奈何，其结果有悖公平原则。

《物权法》第九十九条规定：“共有人不得分割共有的动产或者不动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割，没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大事由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。”《物权法》第九十九条的规定突破了传统民法的共有理论，为改变现有的夫妻财产制模式提供了基础，即允许共同共有人在特殊情况下请求分割共有物，同时还要保持共有关系。在不解除婚姻关系的前提下对夫妻共同财产应坚持不能分割为原则，允许分割为例外，且例外情形必须有“重大理由”，否则其负面效应不可低估。《物权法》将“重大理由”交给婚姻法解释（三）第4条进行具体化：“有下列重大理由且不损害其他债权人利益的除外：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的；（二）一方有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用的。”婚姻法解释（三）第4条系封闭条款，对不解除婚姻关系的前提下分割夫妻共同财产的做法进行严格控制，从而保证夫妻财产制的稳定性和婚姻的严肃性。在该条款范围规定的两种情况以外的其他情形，不得援引《物权法》第九十九条规定就行类推适用或者扩大解释。因此对婚姻法解释（三）第4条规定中分割夫妻共同财产的规定需进一步明确其适用范围和适用条件。

三、婚姻关系存续期间夫妻共同财产的分割方式及司法实践应用

家事法苑™律师团队编辑、奉献

(一) 第一次离婚诉讼中的财产勘验登记、调查笔录、庭审笔录应起到明确财产权属的作用

第一次离婚诉讼中的财产勘验登记、调查笔录、庭审笔录进行详细记录，明确财产权属及财产保管人。一旦法院判决不准离婚后一方有法定事由申请分割夫妻共同财产时，使财产分割更公平、公正、合理。做一个简单类比，离婚诉讼中的财产勘验登记和庭审笔录中对夫妻财产情况的调查，类似于民间借贷和借款合同纠纷中的诉讼财产保全环节，区别是财产案件最终都要以判决或者调解的方式明确双方的债权、债务等关系，并使得财产保全成为保障当事人权益的重要环节。而离婚诉讼中，如果最终判决不准离婚，案件随之终结，这个环节也将失去其应有的财产保全和所有权确认的作用，无法使弱势一方的财产权益得到应有的保障。

(二) 建议尽快制定新的司法解释或发布可借鉴的裁判案例，进一步明确婚姻法解释(三)第4条的适用条件和适用范围

婚姻法解释(三)第4条第一款的重点是在“一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的”以后的救济，而非提前进行防范。假如第一次诉讼中女方申请保全冻结了男方名下的银行存款，如果判决不准离婚，该案就已经结案，根据法律规定应对该存款解除冻结，此种情况下，女方的财产权益显而易见会受损害，如果按照婚姻法解释(三)第4条的规定，待男方实际处置该存款再做处理，明显不合常理，也失却立法本意。因此，建议尽快制定出台明确具体的司法解释，或者发布指导性案例，以进一步明确该条款的适用条件和适用范围，使各地法院处理该类案件时能够统率裁判尺度标准，依法保障当事人的合法权益。

(三) 夫妻共同财产分割应以不转移财产的实际占有、使用、维持财产现状为原则，以重新登记等方式明确财产权属，对不同的财产要采取不同的分割方式

通常情况下，婚姻存续期间夫妻共同财产的分割不利于维护婚姻的稳定与和谐，故婚姻法解释(三)第4条的适用应严格掌握，把握好保护弱势当事人利益与维护婚姻稳定的结合点。

对于必须分割的财产要注重分割方式，应尽量减少对婚姻生活的冲击和影响。对于存款、债权等可以冻结、提存，必要时可直接分割；对车辆、房产等财产不宜进行拍卖、转让，可通过变更登记等方式重新明确财产权属；对家具、家电等生活必需品，不宜也不宜转移、变卖，可采取勘验登记和庭审笔录、调查笔录的方式明确财产权属及保管人。

(四) 特殊情形下可考虑建立和适用特别夫妻财产制度

通常情况下，实行夫妻财产共有制，以保障婚姻家庭的和谐稳定。当夫妻一方因各种原因而陷入经济困境，且有可能危及婚姻家庭生活的维系，或夫妻一方采取各种手段侵害另一方的共有财产权益时，通过法律规定使夫妻双方分别拥有和支配财产——即夫妻非常财产制，不失为明智的选择，这有助于保证婚姻另一方财产权益的安全，使之不因一方的侵害而受到损害和影响。增设夫妻非常财产制非常必要，法国、意大利、瑞典等国家均明确规定了夫妻非常财产制作为通常共同财产制的补充，当出现法定事由时，依据法律的规定或经夫妻一方申请法院宣告，撤销原法定的夫妻共同财产制，改设为分别财产制。具体可归纳为以下几点：1、因感情不和分居；2、夫妻一方滥用共同财产管理权；3、夫妻一方不履行法定扶养义务；4、夫妻一方无正当理由拒绝配偶处分共同财产；5、夫妻一方的财产不足以清偿其个人债务；6、夫妻一方被宣告失踪；7、夫妻一方对另一方的人身或财产造成损害，需要以个人财产予以赔偿；8、继续实行共同财产制，将使夫妻一方利益受到严重侵害的其他重大事由。至于分割夫妻共同财产后，夫妻之间适用何种财产制，各国做法不完全一致。法国、意大利转而适用法定分别财产制，俄罗斯则允许夫妻双方继续维持共同财产制。

(五) 婚姻期间分割夫妻共同财产不导致双方权利义务发生改变

法院虽允许夫妻双方在婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产，但双方的夫妻身份、权利义务关系未发生改变。除财产关系外，其他人身关系、抚养、赡养等义务仍要承担。

夫妻分割共同财产后，重新获得的新财产适用何种财产制度，婚姻法解释(三)并没有规定。根据《婚姻法》的一般原理，在没有特别约定的情况下，夫妻双方仍应继续适用夫妻法定财产制，即共同财产制。分割夫妻共同财产后，双方在以后的婚姻关系存续期间所获得的财产或未进行分割的财产仍为夫妻共同财产。

运用经验法则认定亲属间借贷关系

2013年11月07日 中国法院网 王国才 程慧平

【案情】

徐某与赵某系母子关系，赵某与石某是夫妻关系。2007年，赵某与石某开始租房同居。2009年6月5日，徐某汇款10万元给石某。2009年12月3日，赵某与石某登记结婚。2011年6月石某起诉离婚，后撤诉，双方现已分居。2012年2月，徐某起诉要求石某偿还借款10万元并承担本案诉讼费用。在庭审中徐某声称借款时不知道石某与赵某的恋人关系，赵某介绍石某时说石某是其同事，石某家里盖房子需要用钱，徐某同情石某才把未到期的存折提前支取了，在银行外把钱给了石某。赵某和石某结婚至今她都不知道。赵某一一审作证时陈述：石某第一次要借钱时徐某说没有名分不能借，后来同情她才借的；二审庭审的时候又换了另一种说法。石某辩称：10万系徐某给自己和徐某之子赵某结婚的费用，该笔钱是彩礼性质，且已用于准备婚礼的花费上，双方不存在民间

借贷关系。再者，当初家里盖房子，父母出了 30 万，根本不需要借钱。另外，徐某也从来没有向其要过所谓的 10 万元借款。二审中徐某申请赵某的同事出庭作证，证明石某曾对同事说从徐某处借钱用于家里盖房。

一审法院认为徐某没有提供充分证据证明与石某之间存在民间借贷关系，判决驳回了徐某的诉讼请求。后徐某上诉，二审法院经审理维持了一审判决。

【分歧】

关于本案的处理有两种意见：

第一种意见：徐某提供了转账凭据和证人证言，应认定与石某之间存在民间借贷关系，石某认为徐某转给其的 10 万是与赵某结婚的费用，是彩礼性质，对此应承担举证责任。案件中，根据石某提供的保险合同、保险单、保险单发票显示，石某购买的保险中被保险人包括赵某且发生在 2010 年，无法证明购买保险的花费是用于与赵某结婚；至于石某所主张的房租，由于租房的时间从 2007 年 6 月至 2012 年 6 月，其与赵某 2009 年 12 月结婚，不能将这些租金都认定为结婚的花费；石某所主张的用于结婚的装修房屋花费，也没有其他证据加以佐证。石某的抗辩不能成立，应承担败诉的风险。

第二种意见：《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实负有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。徐某主张该笔款项是借款，应对此承担举证责任。首先，徐某在一审、二审审理过程对于借款形成过程、催要过程的表述存在前后矛盾、不符合常理之处，证人赵某证言在一审及二审中也存在前后不一致的情况。其次，本案的案情特殊，徐某与赵某系母子关系。2007 年，赵某与石某开始租房同居。2009 年 6 月，徐某汇款 10 万元给石某。2009 年 12 月，赵某与石某登记结婚。现赵某与石某感情破裂，正在离婚过程中。徐某现以民间借贷为由起诉石某，但是双方之间并无书面借据，徐某亦未提交催要证据。石某提交了租房、装修、购买家具、家电等票据。综合考虑案件情况以及中国男婚女嫁的民情风俗等情形，现有证据无法证明徐某与石某之间存在借贷关系，故徐某以民间借贷为由起诉石某，证据不足。

【评析】

举证责任分配与经验法则综合运用认定案件事实。

近两年来，我院受理的发生在亲属间的民间借贷案件呈节节攀升之势，该类案件存在如下主要特点：

1、亲人反目、事实查清难。由于当事人之间存在某种亲属关系，并且借钱的时候关系是比较融洽的，证明借贷关系成立的证据较少留存。关系破裂诉到法院后，双方陈述的事实差别很大，在没有直接证据的情况下，客观事实很难查清。

2、证人证言可信度不高、证明力较小。该类案件中出庭作证的证人往往与双方都熟悉，不愿意出庭作证，所表达的内容也较为模糊，对案件事实的查清帮助不大；有的证人有明显的倾向性。考虑到证人与当事人之间的利害关系，证人证言采信率不高。

3、对立情绪大、案结事了难。这类案件的当事人双方在诉讼中对立情绪较大，双方矛盾激化，甚至视同水火，案件的调解难度很大。判决后，败诉方也很难服判，申诉信访率很高。

由于该类借贷案件发生在亲属（存在较为亲密关系的，如情人、恋人关系也在本文讨论之中）之间，直接证据往往较为单一，主要是借条、欠条或者银行转账凭条，此外就是当事人之间的陈述。虽偶有证人出庭，对查清案件事实作用也不大。因此，此类案件法律事实的认定往往要凭借法官的心证，要使法律事实最大程度地接近客观事实，经验法则、生活常识在案件处理中发挥着重大的作用。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十四条赋予了法官运用经验法则来认定证据的权力。所谓经验法则，是指人们从生活经验中归纳获得的关于事物因果关系或属性状态的法则或知识。构成日常经验法则的要素包括：其一，所依的生活经验必须是日常生活中反复发生的常态现象；其二，这种生活经验必须为社会常人所能体察和感受；其三，这种经验法则所依据的生活经验是人们在长期生产、生活以及科学实验中所形成的一种理性认识，是不证自明的。证据法上的经验法则是法官依照日常生活中所形成的反映事物之间内在必然联系的事理作为认定待证事实的根据的有关规则。它是法官结合日常生活中亲身经历所领悟的或者借助相关信息资料而取得的知识，对有关事物的因果关系或者一般形态进行归纳，得出对案件事实判断起作用的理性认识。

在审判实践中，日常生活经验对于认定事实和适用法律方面发挥着重要的作用，主要表现在以下几个方面，即决定诉讼证据与案件的待证事实之间有客观联系；决定证据的可采性；发挥证据间的推理作用，减轻当事人的举证责任；有利于法官正确地理解和适用法律；有利于正确认定事实，公正作出裁判。笔者认为，处理亲属间借贷案件要充分运用经验法则对证据进行认证，从而认定法律事实，最终对案件作出裁判。具体讲可分两种情形：一是亲属间借贷有借条或者是欠条的情况。应首先审查借条或者欠条的真实性，如若真实，可认定借条的证据效力。这时应由主张借款关系不存在或者存在其他法律关系的人承担举证责任。二是借条或欠条不存在的情况下，应把主要的举证责任分配给主张借款关系存在的一方，由其对自己的主张提供证据，对借款的形成、借款的过程、借款的用途等进行严格的审查，在审查时要充分考虑到双方的亲属关系，运用生活常识和经验法则，判断当事人陈述的真伪。

就本案来讲，徐某和石某之间不存在借条这一直接证据，徐某应对借贷关系成立承担举证责任。案件审理中，我们发现徐某陈述的事实很多不符合常理：一是其子赵某与石某同居多年，她根本不知道两人的同居关系，赵某也没有对她提起过，到现在也不知道二人已经结婚。根据日常经验法则，除非母子关系破裂，否则作为母亲不可能对儿子的终身大事不闻不问，不可能对儿子的行踪漠不关心。作为儿子结婚都没告诉母亲，也是很难想象的。二是一审、二审中徐某对借款的形成过程、催要过程的表述存在前后矛盾，只对钱款的支付过程记得较为清楚。三是徐某主张借钱给石某用于石某家建房，但当时石某家刚刚获得了大笔拆迁补偿款。四是赵某一一审陈述当初石某向其母亲借钱时，其母亲说没名分不能借，二审又说是他母亲同情石某才借的，赵某的陈述前后矛盾，其没有做出合理解释。五是2009年6月徐某支付款项，同年12月石某与赵某领了结婚证，现在石某与赵某已分居，徐某在此种情况下起诉石某借款不还，存在疑点。

在现实生活中，常有长辈赠与子女金钱资助其购房购车或成婚之用，而当子女婚姻关系有变化时，长辈改变说法称赠与关系为借贷关系的现象大量存在。本案中，徐某向石某转款发生在其子与石某结婚前半年，而双方分居后，徐某起诉要求石某归还借款。徐某主张该笔款是借款，但其缺乏证明借贷关系存在的直接证据如借条、欠条等。其在一审、二审审理过程中对于借款形成过程、催要过程的陈述不仅前后矛盾，亦存在诸多不合常理之处。证人赵某证言也存在前后不一致的情况。我院经审理认为，徐某以民间借贷纠纷为由起诉石某，证据不足，最终驳回了徐某的诉讼请求。

总之，法官在亲属间民间借贷案件的审理中，应当从案件的特点出发，充分运用日常生活经验，使认证结果尽可能与人们的日常生活经验不相违背。

父母生前与一继承人房屋共有 登记未侵犯其他继承人权益

2013年11月14日 人民法院报 付志勇

【案情】

1996年某市交通局职工集资建房，张某为该局职工，以自己名义交纳建房集资款，获得涉案房屋。1998年初，张某申请房屋登记，将该房屋登记为其与妻子李某及二儿子张某刚共同共有，领取了房屋所有权证。2008年、2012年李某、张某先后去世，张某大儿子张某生、二儿子张某刚及女儿张某艳因该房屋的继承产生纠纷。张某刚以自己为涉案房屋共有人为由主张涉案房屋应先区分出自己的份额，剩余部分方为父母的遗产，由兄妹三人进行继承，张某生、张某艳以市住建局将张某刚登记为涉案房屋的共有人侵犯自己的合法权益为由提起行政诉讼。

【分歧】

继承人因继承取得继承份额内的房屋所有权，其是否可以因这部分权利的取得认为被继承人生前的房屋所有权共有登记侵犯了其合法权益？第一种意见认为，被继承人生前的房屋所有权共有登记侵犯了继承人的合法权益。第二种意见认为，被继承人生前的房屋所有权共有登记没有侵犯继承人的合法权益。

【评析】

笔者同意第二种意见。

1.涉案房产是张某所在单位的集资房产，张某以自己的名义集资获得房产，因此是涉案房产的所有权人，有权处置房屋所有权。张某1998年申请房屋所有权登记，将妻子李某、二儿子张某刚登记为共有人。根据法律规定，不动产所有权的转移适用登记主义，不动产自登记之日所有权发生转移，涉案房屋的所有权由张某、李某及张某刚共同共有。

2.本案中张某生、张某艳以是张某、李某的继承人为由要求撤销其父张某生前进行的房屋共有登记，可知他们要求保护的是对涉案房屋的继承权。行政诉讼法第二条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”此处的“合法权益”应是客观存在的利益，不是可期待的利益，而继承权是一种可期待的利益，在被继承人死亡时，始转化为现实客观存在的利益。本案中，1998年被继承人张某申请办理房屋登记，将张某刚作为共有人，是对自己权利的合法处置，并没有侵犯张某生、张某艳的继承权。继承发生时，张某生、张某艳在张某、李某的遗产份额内取得房屋的部分所有权，但其不能因这部分所有权的取得而认为被继承人生前的房屋所有权共有登记侵犯了他们的合法权益。

母亲改嫁死后留房产 被寄养子女有权继承吗法院：寄养非送养，仍属第一顺序法定继承人

王礼仁法官：夫妻共同债务规则之重构

2013年11月29日 北大法律信息网 王礼仁

【学科分类】婚姻、家庭法

【出处】本网首发

【摘要】夫妻共同债务的认定是一个长期困扰司法审判的难点。究其原因主要是现行夫妻债务判断规则的理论基础错误，债权人利益与夫妻利益之间缺乏平衡木，以致于顾此失彼。目前以“婚姻关系”作为判断夫妻债务标准的“内外有别论”缺乏科学性，不能有效地解决夫妻债务的性质和举证责任，存在片面保护债权人的倾向。有关夫妻共同债务的判断标准以及举证责任分配等规则，需要重新检讨和规范。构建夫妻共同债务正义规则，应当以

家事代理作为理论基础，根据家事代理的不同性质，将夫妻共同债务分为一般夫妻共同债务与准夫妻共同债务，并根据债务的不同性质、不同权利主体分配不同的举证责任。只有这样才能真正解决好债权人利益与夫妻利益的平衡保护，实现司法正义。

【关键词】夫妻共同债务；准夫妻共同债务；夫妻个人债务；举证责任分配；正义规则

【写作年份】2013年

【正文】

夫妻共同债务案件是反映司法正义的窗口案件。但如何认定和处理夫妻共同债务，则是一个长期困扰司法审判的难点。究其原因主要是现行夫妻债务判断规则理论基础错误，债权人利益与夫妻利益之间缺乏平衡木，往往顾此失彼或“按下葫芦浮起瓢”。目前以“婚姻关系”作为判断标准的“内外有别论”，仍然缺乏科学性，无法有效地解决夫妻债务，存在片面保护债权人的倾向。有关夫妻共同债务的判断标准、夫妻一方举债的性质和举证责任分配、债权人主张夫妻共同债务的范围和举证责任等规则，都需要重新检讨和规范。构建夫妻共同债务的正义规则，应当以家事代理作为理论基础，将夫妻共同债务分为一般夫妻共同债务与准夫妻共同债务，并根据债务的不同性质、不同权利主体分配不同的举证责任，只有这样，才能切实解决好债权人利益与夫妻利益的平衡保护，实现司法正义。

一、当前认定夫妻共同债务的主要规则和理念

我国处理夫妻共同债务在观念和规则上有一个发展演变过程，即由过去重视保护夫妻利益转向主要保护债权人利益。在婚姻法和以往的司法解释中，主要是关于夫妻之间债务的认定和分割规则，虽有涉及债权人利益保护的内容，但因其过于简单抽象，实务上认定夫妻共同债务时仍然以是否用于夫妻共同生活作为主要考量，忽视善意债权人的利益保护。但自《〈婚姻法〉解释（二）》出台后，无论是在观念上，还是在实务操作上出现了以保护债权人利益为主的急转直下的趋势。《〈婚姻法〉解释（二）》第24条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第19条第3款规定情形的除外”。由于该解释文字表述上的缺陷，加之人们对保护债权人利益与夫妻利益所持理念不同，对该解释的理解大相径庭。以原最高人民法院民二庭审判长吴庆宝（现北京市司法局副局长）和江苏省高级法院为代表的一些学者和法官认为，《〈婚姻法〉解释（二）》第24条强化了对债权人利益的保护，更多是从维护交易秩序安全的角度所作的利益衡量，适用该条文应当从有利于保护债权人利益出发。并认为该条判断夫妻共同债务的标准就是看债务是否于婚姻关系存续期间形成，即凡是发生在婚姻存续期间的债务，都是夫妻共同债务，夫妻双方都要对外承担连带责任。[1]在这种观点的基础上衍生出来了所谓的“内外有别论”，在司法实践中影响较大，并被标榜为“解决夫妻对内对外债务的有效路径”。“内外有别论”认为，《婚姻法解释二》第24条与《婚姻法》第41条以及最高人民法院1993年《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第17条适用不同的场合，两者并不冲突。[2]有人还认为债权人主张夫妻共同债务时，只要债权人证明该借款系发生于夫妻关系存续期间，应直接按照《〈婚姻法〉解释（二）》第24条推定为夫妻共同债务，由夫妻共同偿还。但在夫妻内部之间（离婚财产分割）确认夫妻债务时，举债方必须证明其举债用于夫妻共同生活。因此，即使夫妻双方共同对外偿还了债务，夫妻一方可以向另一方追偿。[3]“内外有别论”的基本观点是：夫妻对外承担债务应当以“婚姻关系”作为推定夫妻共同债务的根据，无论债务是否用于夫妻共同生活，只要没有两种例外情形，均要承担连带责任。但对夫妻内部认定夫妻共同债务时，则要区分是否用于夫妻共同生活，并由举债方承担举证责任。而我在审判实践中一直没有执行《〈婚姻法〉解释（二）》第24条，并较早公开对《〈婚姻法〉解释（二）》第24条提出批判，主张《〈婚姻法〉解释（二）》第24条推定的前提条件是“用于夫妻共同生活的债务”，而不是无条件推定。[4]我国婚姻法学会会长夏吟兰教授也认为《〈婚姻法〉解释（二）》第24条的推定存在严重缺陷。[5]但目前以“婚姻关系”作为推定根据的“内外有别论”仍然占据统治地位。

二、以“婚姻关系”作为推定根据的“内外有别论”的缺陷

以“婚姻关系”作为推定根据的“内外有别论”有两个主要特点：一是债权人主张夫妻共同债务与夫妻之间主张夫妻共同债务的认定标准不同；二是债权人不承担债务性质的举证责任。但从司法实践来看，债权人主张夫妻共同债务时，完全以“婚姻关系”作为推定夫妻共同债务的根据，并把债权人主张夫妻共同债务与夫妻之间主张共同债务的认定标准和举证责任完全对立起来，不仅缺乏理论基础，更会使司法审判陷入不公困境，无法实现司法正义。

(一) 以“婚姻关系”作为推定夫妻共同债务的根据，无法识别虚假债务和违法债务，在司法实践中行不通。

完全以“婚姻关系”作为推定夫妻共同债务的根据，容易促使恶意举债和虚假债务，使夫妻共同债务的认定陷入新的困境。因为是否用于夫妻共同生活及其举证责任，是识别虚假债务或其他债务的试金石。债权人不承担举证责任，夫妻共同债务就成了毫无遮挡的“敞开门”，任何“债务”都将被认定为夫妻共同债务，无法判断债务的虚假与违法。

1、虚构的债务难以识别或排除。虚构债务，即举债人与第三人恶意串通伪造的假债务。如甲男与乙女系夫妻关系，因甲与丙女有婚外性，甲决定与乙离婚。为了在离婚时骗取更多的财产，甲与丙串通，伪造甲向丙女借款30万的债务，并由丙向法院诉讼主张甲乙共同承担上述债务。由于“债权人”丙不对不对该债务是否用于家庭生活等承担举证责任，根据解释《（二）》第24条规定，只有存在两种“除外”情形时，才能免除非举债一方的责任。由于该债务不存在两种“除外”免责情形，该虚假举债当然无法排除。乙应当对该“夫妻共同债务”承担连带清偿责任。

2、因违法犯罪行为所负的债务（赌博、嫖娼、吸毒、贩毒等违法犯罪所负债务），难以识别或排除。如丈夫陈某因嫖娼被抓获，陈某代口信要其好友张某帮助交罚款五千元以换取人身自由。之后陈某与其妻刘某离婚。一个月后张某起诉要求陈某与其妻刘某共同偿还借款四万元。其理由是四万元借款发生在夫妻关系存续期间。刘某抗辩自己不知道借款，也没有用于夫妻共同生活，但无法证实，也没有两种免责条件。按照婚姻法解释（二）第24条直接推定，该四万元债务中的违法债务和虚假债务，都应当推定为夫妻共同债务。

3、举债人恶意挥霍性消费的债务（如举债人借款出国旅游、购买奢侈品、在高级宾馆或娱乐场所进行奢侈性消费等），难以识别或排除。对于举债人恶意消费的债务，举债人如果不承认，在许多情况下，非举债一方不知道或无法证明。即使非举债一方知道或能够证明举债人属于恶意消费举债，根据解释《（二）》第24条规定，也不能免除连带责任。

(二) 夫妻内部追偿是“水中月”、“镜中花”

所谓非举债一方对第三人承担连带责任后，可以向举债一方追偿，从表面上看具有一定的逻辑性。但实际上这种追偿具有欺骗性，只能是“水中月”、“镜中花”，可望而不可及。从司法实践来看，对于恶意举债或虚假举债之后，由债权人出面主张非举债一方配偶承担连带责任的，往往是这样两种情况：一是在举债人与债权人恶意串的虚假举债中，举债一方则是有备而来，即将自己财产进行转移、隐匿之后，才开始恶意诉讼，以榨取另一方财产。[6]二是在举债一方因赌博等恶意举债中，举债方往往身陷困境，毫无给付能力时债权人才主张非举债方给付。那么，不论属于哪种情况，追偿都只是一个逻辑上的推论，根本无法实现。而且由于举债方玩弄“空手道”或无给付能力，非举债一方的所谓连带责任，往往变成了事实上的全部责任。因而，这种“追偿说”实质上是一种欺骗说、坑人说。如闫某（男）与苏某（女）离婚后闫某“失踪”，闫某姐姐和其朋友拿着闫某出具的40多万借条，以婚姻存续期间借款为由，起诉闫某和苏某，要求苏某承担连带清偿责任。苏某对该借款不知情，并认为是闫某与其姐姐等人恶意串通的虚假债务，闫某的姐姐等“债权人”也无法证明该借款用于夫妻共同生活或家庭其他开支。如果根据“内外有别论”直接认定该借款为夫妻共同债务，该借款40万只能由苏某一人偿还，苏某偿还后，因闫某“失踪”，根本无法追偿。

(三) 以“婚姻关系”作为推定夫妻共同债务的根据缺乏理论基础

夫妻一方对外承担连带责任的理论基础是夫妻之间的家事代理权。就家事代理中的夫妻一方举债而言，当然是因家庭生活需要而举债，非因家庭生活需要而举债，则不属于家事代理。那么，非举债配偶一方对债权人承担连带责任，一般也应当是夫妻一方因家事需要对外举债。对于夫妻一方非因家事需要而滥用家事代理权举债，只有在债权人具有善意时，非举债配偶一方才能对其承担连带责任。

所谓债权人善意，就是夫妻一方非因家事需要而滥用家事代理权对外举债，但债权人无法辨别系滥用家事代理权。所谓“滥用日常家事代理权”，就是不当行使日常家事代理权。其基本特征就是对日常家事代理权的滥用，其范围一般应当界定在与日常家事有关的范围内。这可以从质和量两个方面加以判断。从性质判断，就是从举债的性质上考察是否具有家事性质。如果不具有“家事”性质，则不属于滥用日常家事代理权，而是恶意举债或违法举债。比如一方在赌场、妓院向他人举债支付赌资或嫖资，或者因吸毒而购买毒品向他人举债等。这显然不具有“家事”性质，不属于滥用日常家事代理权的范围。但一方超越家庭购买能力或实际状况，向他人举债购买高档家具或家电，则属于滥用日常家事代理权。从量上判断，就是从数量或数额上考察是否超越“日常家事”范围，属于一

方不能单独决定的重大家庭事项。如果属于需要双方共同决定的重大家庭事务，也不属于“日常家事”范围。因而，滥用日常家事代理权连带责任的范围也是有条件的，而不是漫无边际。

判断夫妻一方承担他方滥用日常家事代理权的连带责任的条件，也应当从两个方面加以考察：其一，一方权利的滥用必须是家事代理权的滥用，即举债人在客观上应具有家事代理的客观外在表象特征（举债行为足以使人相信属于家事代理）。其二，债权人在主观上属于善意（无法辨别或识别系滥用日常家事代理权）。从债权人的角度考察，这也是他主张非举债方承担连带责任应具备的两个条件。瑞士民法规定，对于超越家事代理权的，“配偶中任何一方对其行为负个人责任，但该行为无法使第三人辩明已超出代理权的，配偶他方亦应负连带责任”。^[7]上述规定，也是把债权人善意作为连带责任的条件。

可见，非举债配偶一方对债权人承担连带责任的条件有二：一是因家事需要举债；二是非因家事需要举债，债权人必须属于善意。如果不具备这两个条件，非举债配偶一方可以对抗债权人。比如从借款的数额或借款人的家庭背景等因素考察，债权人明知或应当知道借款人超越家事代理权或属于滥用家事代理权者，债权人则属于恶意或非善意，非举债配偶方可免除连带责任。法律只保护善意债权人，不保护恶意债权人，否则就违背了保护债权人的立法宗旨。世界各国法律都只保护善意债权人，不保护恶意债权人。但在我国理论和司法实践中，以“婚姻关系”作为推定夫妻共同债务的根据，根本没有正确区分善意债权人与恶意债权人，存在盲目保护债权人倾向。盲目保护债权人，实际上也破坏了夫妻之间的债务规则，举债一方可以通过债权人之手实现转化债务性质，侵占另一方财产的目的。

以“婚姻关系”作为认定夫妻共同债务的根据，其致命缺陷在于混淆了婚姻关系期间夫妻对外交往中的家事代理与非家事代理甚至违法活动的界限，把夫妻之间的一切行为都视为家事代理。从世界各地的法律规定来看，都是把家事代理作为判断夫妻共同债务的根据，没有任何国家或地区把“婚姻关系”作为认定夫妻共同债务的根据。因为把“婚姻关系”作为认定夫妻共同债务的根据，可以由此推论婚姻关系存续期间发生的任何违法犯罪所产生的债务，都是夫妻共同债务，其荒谬性显而易见。

（四）债权人不承担举证责任缺乏理论基础

1、债权人具有举证责任

夫妻之间相互承担连带责任的理论基础和保护债权人合法权益的范围，就在于另一方举债属于家事代理，其举债属于因家事需要而举债。那么，是否属于因家事需要而举债，债权人当然要承担举证责任。否则，就没有主张权利的法理基础。

根据家事代理原理，一方举债由非举债配偶一方对债权人承担连带责任的情形只有两种：一是因家事需要举债；二是对非因家事需要举债者，债权人必须具有善意。前者属于一般夫妻共同债务，后者属于准夫妻共同债务或特殊性质的夫妻共同债务。那么，无论属于哪种情形，债权人都要承担相应的举证责任，即要么证实一方属于因家事需要举债，符合一般夫妻共同债务的特征；要么证明自己属于善意，符合准夫妻共同债务的特征。根据谁主张谁举证原则，债权人具有举证责任。

2、债权人不承担举证责任，将会留下举证漏洞，使举证责任不周延

如果把夫妻共同债务的举证责任分为对外与对内两种形式，并将二者完全对立起来，对恶意举债或虚假债务则难以识别和排除，容易滋生恶意债务，甚至可以人为制造虚假债务，坑害对方。

因为债权人不承担举证责任，将会留下举证漏洞，导致举证责任不周延，举债一方的举证责任形同虚设，举债方可以轻易逃避举证责任。比如债权人不承担举证责任，举债方对自己的赌博等违法举债或者与“债权人”恶意串通的虚假举债，自己无法证明是夫妻共同债务时，则完全可以不参加诉讼或不主张，由“债权人”起诉，而债权人也不对债务性质承担举证责任，其违法举债或者虚假举债，就可以直接推定为夫妻债务。如本院审理的刘俊诉闫勇、苏丹一案即是。因闫勇隐匿不出庭，一审认为债权人不承担举证责任，结果将虚假债务认定为夫妻共同债务。二审将举证责任分配给债权人，最终从债权人的举证证据中发现其债务属于虚假债务。可见，债权人不承担举证责任，其虚假债务就难以揭露，举债方就可以实现恶意举债或者虚假举债，将责任转嫁于他方或者诈取他方财产的目的。

3、债权人举证比非举债夫妻一方举证更具合理性

长期以来一直认为债权人无法就债务性质举证，不应承担举证责任。这一看法是片面和错误的。实际上，债权人与非举债夫妻一方相比，债权人举证更具合理性。

一是从举证责任的难易程度来看，债权人比夫妻中非举债一方更容易举证。有人认为，债权人作为外部第三人无法了解和控制夫妻内部的借款使用情况，缺乏举证能力。这是对债权人举证责任的一个误区。债权人举证主要对借款的真实性和共同债务性质（如举债用于夫妻共同生活或虽未用于夫妻共同生活但债权人属于善意）的全面举证，并不完全是对借款用途举证。即是借款用途，作为交易一方的债权人，相对于非举债夫妻一方来讲，其掌握信息量也要大得多，其控制风险的能力要强得多。而非举债一方完全不知道借款，更无法控制。因而，对于债权人与夫妻一方的单独借贷，相对于非举债一方来讲，债权人恰恰是内部人。对于非举债一方来讲，则又属于不能控制、不能掌握信息的外部人。两者相比，非举债一方与借款交易事实的具体情况比债权人更疏远，更难举证，债权人则更容易一些。

二是由主张积极事实的债权人承担举证责任，比主张消极事实的非举债方举证更具合理性。举证事实可分为积极事实和消极事实。主张债务存在并用于夫妻或家庭生活的事实，属于积极事实；主张债务不存在或并没有用于夫妻或家庭生活的事实，属于消极事实。从逻辑上和法理上考察，当事人只能对积极事实进行举证证明，难以对消极事实进行举证证明。当债权人认为属于夫妻共同债务，债权人当然负有举证，而不应当由非举债一方承担“没有用于夫妻共同生活”的举证责任。当然，非举债一方可以将“没有用于夫妻共同生活”作为抗辩理由，但不能将其作为是否免责的举证责任。

三是从风险防范来看，由债权人举证有助于防范虚假债务和举债风险。对于夫妻一方举债，债权人可以防范逃避债务风险，而非举债一方难以防范另一方的恶意举债或者虚构举债。也就是说，在借款之初，债权人拥有交易上的自由选择权，他完全可以通过让夫妻另一方对借款进行确认来避免交易风险。债权人在借贷前，如果对夫妻一方缺乏信任，或者担心夫妻串通逃避债务，他完全可以拒绝借贷或要求夫妻双方出具借条，以防止风险发生。但对于非借款夫妻一方来讲，另一方是否借款、何时借款、向谁借款、借款做什么、以及借多少，他是无法预知和控制的。在另一方不能预知和不能控制的情况下，要其承担举证责任，显然缺乏正当性。如果将举证责任分配给非举债一方，非举债一方一般不能举证，只能被动接受推定。这样，婚姻关系中的任何一方，都可以毫无顾忌地恶意借贷或虚构债务，而另一方随时可以受到无辜牵连。这样分配举证责任，显然是不公平的。

4、将对外与对内举证责任完全对立，容易造成矛盾判决

在债权人起诉夫妻共同偿还债务时，举债一方不出庭或出庭后不能举证证明其举债用于夫妻共同生活，债权人也不举证证明时，这种债务，本来应当有两种可能，即可能是夫妻共同债务，也可能是虚假债务或夫妻一方个人债务。法院凭什么判决是夫妻共同债务？有什么根据得出属于夫妻共同债务的唯一结论或判断？

但按照上述婚姻关系推定论和债权人不举证的观点，非举债方没有两项特定免责事由时，则直接将债务推定为夫妻共同债务，判决由夫妻共同偿还，然后再由非举债方另行起诉举债方，确认该债务属于举债一方个人债务。在夫妻内部诉讼中，举债方当然同样不能举证证明其举债用于夫妻共同生活，甚至可能被查明是违法债务或虚假债务，这时则判决该债务属于个人债务或虚假债务。那么，当债务是赌博等违法债务或者完全是虚假债务时，这两个判决如何协调或执行？非举债方还应继续向“债权人”给付虚假债务，然后再向举债方索要吗？当然不能。那么，不能继续执行怎么办？那就应当撤销前一个判决。可见，将对外与对内的举证责任标准完全对立，不符合夫妻债务的性质和特点，容易造成前后判决相互矛盾，难以执行的情况。

（五）夫妻债务“内外有别”理解之误区

在理论和实践中，对于夫妻债务“内外有别”的理解存在误区，即在债务事实的认定上和债务性质的判断标准上也内外有别，扩大了“内外有别”的范围。这是一种错误理解和做法。从法律角度和夫妻债务的性质来考察，夫妻债务“内外有别”，主要是债务分担上的内外有。其情形一般只有两种：一是对于典型或一般夫妻共同债务，本来应当由夫妻共同偿还，但夫妻之间约定或法院判决由一方偿还。这种约定或判决只能对夫妻双方有约束力，对债权人没有约束力。这是内外有别的最常见、最典型的情形。二是一方滥用日常家事代理权举债，本来应当由举债方个人承担，但债权人属于善意者，非举债方承担责任内外有别。即非举债方对善意债权人承担责任，但在夫妻内部不承担责任。这是内外有别的特殊情形。除此之外，不存在其他内外有别的情形。在认定夫妻债务的事实和判断债务性质的标准上内外都是一致的，即要么都属于典型的夫妻债务，要么都属于滥用日常家事代理权所产生的准夫妻债务，不可能出现不同的判断标准。

三、夫妻共同债务正义规则之构想

从上述分析可以发现，目前夫妻共同债务规则之所以陷入不公的困境，主要是判断夫妻共同债务标准和举证责任分配规则错误，而其原因就在于脱离了家事代理的基本原理，没有正确区分夫妻行为的不同性质并由此产生的不同性质的债务，简单地按照一种模式制定标准。因此，解决夫妻债务的判断标准和举证责任分配规则，应当以家事代理为基础，根据夫妻行为的不同性质区分不同夫妻共同债务的性质和类型，合理分配举证责任，重点解决债权人主张夫妻共同债务的范围和举证责任。与此同时，再合理规范夫妻债务分担和财产分割约定对债权人的效力。这样既可以有效地保护债权人利益，又能兼顾夫妻另一方的利益。根据上述思路，下面就夫妻债务的判断标准与举证责任等规则进行重新设计与构建。

（一）界定夫妻共同债务与夫妻个人债务之构想

夫妻共同债务与夫妻个人债务的界定，应当从三个方面加以规范，即夫妻共同债务、准夫妻共同债务、夫妻个人债务。其具体内容设计如下：

第XX条[夫妻共同债务与夫妻个人债务的界定]

夫妻共同债务，是指因家庭日常生活或其它需要所负债务，或者经夫妻合意由双方共同偿还的债务。夫妻共同债务，应当由夫妻共同偿还。

准夫妻共同债务，是指因夫妻一方滥用日常家事代理权对善意债权人承担连带责任的债务。夫妻一方对他方滥用日常家事代理权承担连带责任后，可以向他方追偿。

夫妻个人债务，是指一方没有用于家庭共同生活或家庭其它需要所负的债务，或者约定由夫妻一方承担的债务。夫妻个人债务应当个人偿还。

在上述条文中，分三款对夫妻共同债务与夫妻个人债务进行了界定。其最大特点就是根据家事代理的不同情形和性质将夫妻共同债务分为两种类型，即一般夫妻共同债务与准夫妻共同债务。下面对其设计内容的内涵及意义加以阐释。

1、关于一般夫妻共同债务之构想

上述第一款是关于一般夫妻共同债务的规范。这是典型或通常的夫妻共同债务。通常夫妻共同债务的构成主要包括三个方面：即家庭日常生活需要所生之债、家庭其他需要所生之债、夫妻合意共同偿还的债务。

“日常生活需要”，指“衣食住行医”等最基本之需要。包括法定抚养、赡养对象之“衣食住行医”均属之。

“家庭其他需要”，包括家庭经营、夫妻家事活动引起的赔偿、夫妻学历教育或技能培训等，凡是家庭需要所负债务均属之。

“夫妻合意共同偿还的债务”，指没有用于家庭共同生活或家庭其他需要，但夫妻双方约定由夫妻共同偿还的债务。如夫妻共同担保之债等。

上述夫妻共同债务，或用于“日常生活需要”和“家庭其它需要”，或由夫妻共同合意，无论哪种情形，均符合夫妻共同债务的本质特征，由此产生的债务，应当由夫妻共同偿还。

2、关于准夫妻共同债务之构想

上述第二款是关于准夫妻共同债务的规范。准夫妻共同债务有三个主要特征：一是属于一方滥用日常家事代理权所生的债务；二是举债人在形式上具有家事代理的外部特征；三是债权人无法辨别系滥用日常家事代理权，主观上属于善意。“准夫妻共同债务”，是一种非严格意义上的夫妻共同债务或特殊性质的夫妻共同债务。使用“准夫妻共同债务”概念，以便于区别于一般夫妻共同债务。其意义在于把夫妻共同债务一分为二，以免混淆不同性质夫妻共同债务的不同构成要件、不同法律效果和举证责任。其优点有三：其一，便于司法操作。两种不同

性质的夫妻共同债务，分别有不同的构成要件和不同的法律效果，一目了然。法官可以根据不同性质处理不同的夫妻共同债务，有利于准确判断夫妻共同债务和正确适用法律。其二，把“准夫妻共同债务”作为特殊性质的夫妻共同债务，对善意债权人利益的保护更加明确具体，可以更有效地保护债权人利益。其三，可以防止偏颇和失衡。把夫妻一方滥用家事代理权，另一方承担连带责任的条件限定在债权人善意范围内，避免连带责任扩大化，防止对债权人的保护过于偏颇，兼顾对了夫妻另一方利益的合理保护，使法律更加和谐与衡平。“准夫妻共同债务”的设立，不仅合理界定了夫妻一方对外承担特殊连带责任的条件和范围，也有利于举证责任的分配。

根据家事代理制度的原理，一方举债必须具有家事代理性质，并在家事代理范围内，才能认定夫妻共同债务。一方举债超越家事代理范围和性质，另一方对债权人承担连带责任，必须符合准夫妻共同债务的特征。

使用“准夫妻共同债务”概念，有其独特的意义。可以说，它具有四两拨千斤的作用，一举打开了困扰夫妻共同债务的死结。

在目前的司法实践中，对一般夫妻共同债务的认定和处理并不困难，难就难在一般夫妻债务之外的债务，夫妻一方应当在何种范围内承担连带责任。由于现行法律和相关规则没有区分一般夫妻债务与准夫妻共同债务，没有将一般夫妻债务之外的债务视为特殊性质的夫妻共同债务，从而导致一般夫妻债务与准夫妻共同债务的认定标准混同，将夫妻一方滥用家事代理权所生债务一律按一般夫妻共同债务处理，甚至将婚姻关系存续期间的一切债务，都作为夫妻共同债务处理，使夫妻共同债务的范围无限扩大。很显然，困扰司法的症结实际上就是除一般夫妻债务外，夫妻一方应当承担连带责任的条件和范围不明确。只要解决了这一症结，夫妻债务的难点就会迎刃而解。而根据家事代理的不同性质对夫妻共同债务进行分类，将一般夫妻共同债务与“准夫妻共同债务”加以区别，并明确“准夫妻共同债务”的构成条件和责任形式，实际上就找到了打开夫妻债务门锁的另一把钥匙，有了这把钥匙，困扰认定夫妻共同债务的司法难点就会因此而破解。

3、关于夫妻个人债务之构想

上述第三款是夫妻个人债务规则。夫妻个人债务主要包括两个方面：一是夫妻一方没有用于家庭日常生活需要或其它家庭需要所负之债；二是“约定由夫妻一方承担的债务”。应当注意的是，其“约定”包括夫妻之间约定、夫妻双方与债权人约定、举债一方与债权人约定。不同的约定，其效力范围不同，比如夫妻之间约定，只能在夫妻之间产生效力，对债权人不生效力

4、关于夫妻共同债务判定标准之重构

一般认为，判断夫妻共同债务的标准有两个：一是举债是否用于家庭共同生活；二是举债是否夫妻共同合意。但根据前文关于夫妻共同债务与个人债务的界定和构想，这两个判断标准显然不周延、不全面，难于囊括所有的夫妻共同债务。因而，夫妻共同债务的判定标准应当是三个：

1、举债是否用于家庭共同生活。凡用于家庭共同生活（包括用于家庭共同生活的经营）的债务，不论夫妻一方举债还是共同举债，均为夫妻共同债务。

2、举债是否夫妻共同合意。凡对外举债属于夫妻共同合意，不论是否用于家庭共同生活，均为夫妻共同债务。

3、举债是否具有准夫妻共同债务特征。凡具有准夫妻共同债务特征的，不论其举债有无合意或用于家庭共同生活，应当认定为特殊性质的夫妻共同债务。

（二）夫妻一方举债性质和举证责任之构想

夫妻一方举债性质和举证责任，也是司法实践应当解决的问题。对此，拟作如下设计与构想：

第XX条[夫妻一方举债性质和举证责任]

夫妻一方因日常生活或其它家庭需要所负债务，属于夫妻共同债务，由夫妻双方共同偿还。

夫妻因一方举债是否用于日常生活或其它家庭需要发生争执时，应当由举债一方承担举债责任。举债方不能证明其举债用于日常生活或其它家庭需要的，应当认定为举债方个人债务。

1、夫妻一方举债性质之判断

上述第一款是关于夫妻一方举债性质的判断。夫妻一方举债，既可能是夫妻共同债务，也可能是夫妻一方个人债务。判断夫妻一方举债是否属于夫妻共同债务，主要标准就是看其是否用于家庭日常生活或其它家庭需要。夫妻一方因日常生活或其它家庭需要所负债务，属于夫妻共同债务，由夫妻双方共同偿还。如果非因日常生活或其它家庭需要所负债务，属于夫妻个人债务。

2、夫妻一方举债之举证责任

上述第二款是关于夫妻一方举债的举证责任的规范。判断夫妻一方举债是否属于夫妻共同债务，其标准是该举债是否用于家庭日常生活或其它家庭需要。但因一方举债是否用于日常生活或其它家庭需要发生争执时，由谁

承担举证责任？当然应当由举债方承担举证责任。举债方不能证明其举债用于日常生活或其它家庭需要的，应当认定为举债人个人债务。

（三）债权人主张夫妻共同债务的范围和举证责任之构想

债权人主张夫妻共同债务的范围和举证责任，是当前司法实践中争议最大、执行最为混乱的一个疑难问题。关于债权人主张夫妻共同债务的范围和举证责任，应当分别按照下列不同情形设计与构建。

第XX条[债权人主张夫妻共同债务的范围和举证责任]

债权人对于夫妻一方因日常生活或家庭其它需要所负债务主张夫妻共同偿还的，应当由夫妻共同偿还。但夫妻另一方能够证明债权人与举债人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形者除外。

债权人对于一方因日常生活或家庭其它需要所负债务主张夫妻共同偿还时，应当对举债的真实性承担举证责任。在举债人没有出庭或者出庭后不能证明其举债用于日常生活或家庭其它需要时，债权人应当承担举证责任，或者证明自己有理相信该债务用于日常生活或家庭其它需要。

夫妻一方滥用家事代理权恶意举债，或者其举债没有用于家庭共同生活的，应当由举债方个人承担责任。但该举债行为无法使债权人辨别系滥用家事代理权者，夫妻他方亦应对善意债权人负偿还责任。债权人对夫妻他方主张权利时，应当对自己“无法辨别”的善意负有举证责任或合理解释。

对于超越日常生活需要范围的巨额举债，应当由夫妻共同合意。但债权人有理相信是夫妻共同合意，或者有证据证明其举债用于夫妻共同生活或家庭其它需要的，夫妻他方亦应承担偿还责任。

这一条共有四款，主要解决债权人主张夫妻共同债务的范围和举证责任问题。第一款是债权人主张夫妻共同债务时的推定规则；第二款是债权人对夫妻一方因家庭日常生活或其它家庭需要举债，主张夫妻共同偿还时的举证责任；第三款是债权人主张准夫妻共同债务的条件和举证责任；第四款是债权人对夫妻一方超越家事范围的重大举债，主张夫妻共同偿还的范围和举证责任。下面分别对其含义加以阐释。

1、债权人主张夫妻共同债务时的推定规则

上述第一款主要是关于夫妻共同债务推定的一般规则，重点是解决如何适用和完善《〈婚姻法〉解释（二）》第24条问题。在司法实践中，对《〈婚姻法〉解释（二）》第24条的理解和适用，往往没有“为夫妻共同生活所负债务”的前提条件限制，即对于在婚姻存续期间一方举债，不论是否用于“日常生活需要或家庭其它需要”，只要没有两种例外情形，均推定为夫妻共同债务。而上述第一款则主张应当把夫妻共同债务的推定限定在“因日常生活需要或家庭其它需要所负债务”的家事代理范围内，以免无限扩大连带责任的范围。也就是说，只有“因日常生活需要或家庭其它需要所负的债务”，没有两种例外情形者，才推定为夫妻共同债务。这一款与《〈婚姻法〉解释（二）》第24条相比，其主要变化是增加了推定夫妻共同债务的前提条件，即对于夫妻共同债务的推定，首先必须是“因日常生活需要或家庭其它需要所负债务”，只有在这种前提下，没有两种例外情形，才能推定为夫妻共同债务，由夫妻共同承担责任。如果没有这个前提条件，直接按照《〈婚姻法〉解释（二）》第24条推定，就可能造成夫妻债务扩大化，将一些违法债务推定为夫妻共同债务。

实际上，《〈婚姻法〉解释（二）》第24条的解释基础或法律根据是婚姻法第41条，而第41条明确规定“为夫妻共同生活所负债务”为夫妻共同债务。因而，解释（二）第24条的本身含义应当是一方“为夫妻共同生活所负债务”，没有两种例外情形，则推定为夫妻共同债务。但由于解释（二）第24条用语上的过于省略或疏漏，造成了人们理解上的歧义。对此，有必要进一步完善或明确。

2、债权人主张夫妻共同债务的举证责任。

上述第二款是债权人对夫妻一方因家庭日常生活或其它家庭需要举债，主张夫妻共同偿还时的举证责任。

在理论上和司法实践中，一般都主张债权人不承担举证责任。这种观点是错误的。它不仅不符合谁主张谁举证的原则，也容易造成举证责任不周延。因而，债权人对于一方因日常生活或其它家庭需要所负债务主张夫妻共同偿还时，应当对举债的真实性承担举证责任。在举债人没有出庭或者出庭后不能证明其举债用于日常生活或其它家庭需要时，债权人应当对举债性质承担补充举证责任，或者证明自己有理相信该债务用于日常生活或其它家庭需要。

3、债权人主张准夫妻共同债务的条件和举证责任。

上述第三款是债权人对一方滥用家事代理权所产生的准夫妻共同债务，主张夫妻共同偿还的范围和举证责任。在一般情况下，夫妻一方滥用家事代理权恶意举债，或者其举债没有用于家庭共同生活的，应当由举债方个人承担责任，债权人不得主张夫妻共同偿还。但该举债行为无法使债权人辨别系滥用家事代理权、构成准夫妻共同债务者，夫妻他方亦应对善意债权人承担偿还责任。

债权人是否善意，应当有债权人承担举证责任。因而，债权人对夫妻他方主张权利时，应当对自己“无法辨别”的善意负有举证责任或合理解释。

4、夫妻一方超越日常生活需要的巨额举债，债权人主张由夫妻共同偿还的条件和举证责任。

上述第四款是债权人对夫妻一方超越家事范围的重大举债，主张夫妻共同偿还的条件和举证责任。对于超越日常生活需要的巨额举债，已经不属于日常家事代理的范围，但夫妻他方对此并非都不承担责任。如果具有下列

两种情形之一的，夫妻他方仍然要承担责任：一是债权人理由相信是夫妻共同合意；二是其借款用于夫妻共同生活或家庭其它需要。但上述举证责任应当由债权人承担。也就是说，夫妻一方超越日常生活需要范围的巨额举债，债权人向另一方主张权利时，则应当分别承担两个方面的举证责任：一是要能够证明其“有理由相信是夫妻共同合意”。因为对于超越日常生活需要范围的巨额举债，应当由夫妻共同合意，不能由夫妻一方单独决定。那么，如果债权人理由相信是夫妻共同合意的，则可以按照夫妻共同合意处理，由夫妻共同偿还。比如债权人能够证明是夫妻一方安排另一方出面借款；或者借款时另一方知道或在场；或者其借款汇在另一方账户上；等等。二是债权人如果不能证明巨额举债是夫妻共同合意，则应当证明其举债用于夫妻或家庭生活。如果债权人没有证据证明上述两种情形之一的，对于超越日常生活需要范围的巨额举债，夫妻他方亦应负偿还责任。

这一款既可以有效地保护了债权人利益，也有利于防止将虚假债务或一方的恶意举债认定为夫妻共同债务。从保护债权人利益上看，它比《婚姻法解释（一）》第17条更全面、更合理。《婚姻法解释（一）》第17条规定：“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人”。这里只是把“有理由相信其为夫妻双方共同意思表示”，作为另一方不得对抗善意第三人的条件。而上述第四款则扩大了范围，即债权人能够证明其举债“用于夫妻或家庭生活”的，另一方也不得对抗第三人。这对保护债权人更为有利。巨额举债，无论是用于家庭生活或家庭经营，一般是比较好证明或举证的。如果无法证明用于家庭生活或家庭经营，其举债一般属于虚假债务或一方的恶意举债，不能认定为夫妻共同债务。这也有利于保护夫妻另一方利益。

（四）夫妻债务和财产分割约定对债权人的效力

夫妻债务的认定与夫妻债务的偿还，是一个问题的两个方面。在司法实践中，一定要划清确认夫妻共同债务与偿还夫妻债务的界限。夫妻债务的认定，主要是判断债务的性质；夫妻债务的偿还，主要是对夫妻共同债务的分担。在司法实践中，既要防止通过扩大夫妻共同债务的性质和范围过度保护债权人倾向，也要防止通过债务分担和转移财产损害债权人现象。因而，对于夫妻之间关于夫妻债务和财产分割约定的效力，必须加以约束。

夫妻债务和财产分割约定对债权人的效力如何，直接影响债务的清偿和债权人的利益，也是夫妻债务规范中应当解决的问题。对此，总的原则是内外有别，其具体设计与构想如下：

第XX条[夫妻债务和财产分割约定对债权人的效力]

依法应当由夫妻共同承担的债务，虽经夫妻约定或在离婚诉讼中法院生效文书确认由一方承担的，债权人仍然可以向夫妻双方主张权利。夫妻共同承担债务后可以依据协议或法院生效文书向另一方追偿。

依法应当由夫妻一方承担责任的，应当由夫妻用个人财产承担责任。夫妻一方在未清偿债务前，将自己应当分得财产让与对方，造成债务不能清偿的，债权人可以主张其财产分割无效，请求法院撤销，或者主张从另一方多分割的财产中清偿。

夫妻一方或双方在未清偿债务前，将财产转移第三人，债权人可以主张其财产转让无效，请求法院撤销，或者主张从转移财产中清偿。但第三人取得财产属于善意者除外。

这一条共三款，主要是为了防止夫妻恶意逃避债务，夫妻内部约定对债权人不生效力；夫妻在未清偿债务前，让与或转移财产无效。在理论上所谓的“内外有别”，主要应当是指上述情形与“准夫妻债务”。前三条主要是解决夫妻债务的认定和举债责任问题，这一条主要解决债务的分担与债务清偿中的财产处理的效力问题。由于这一条比较好理解，无须多述。

四、小结

以“婚姻关系”作为推定根据的“内外有别论”违反了家事代理制度的规则和原理，将其作为判断夫妻债务的标准缺乏合理性。夫妻之间相互承担连带责任的理论基础是家事代理权。判断是否属于夫妻共同债务，应当以家事代理作为理论根据，并根据家事代理的不同性质，将夫妻债务分为一般夫妻债务与准夫妻债务，实行不同的判断标准和举证责任。这样才能有效地解决夫妻利益与债权人利益的均衡保护问题。与此同时，还要把夫妻债务性质的认定与夫妻债务的分担加以区分，所谓“内外有别”主要是夫妻债务分担上内外有别，在夫妻债务性质的认定上并不存在内外有别。目前对《<婚姻法>解释（二）》第24条的适用，应当从家事代理原上理解，不能机械地从文字上解读。将来修改婚姻法时，应当对夫妻共同债务的相关规则加以完善，以家事代理作为立法基础，以夫妻利益和债权人利益平等保护的为立法原则。

【作者简介】

王礼仁，男，汉族，宜昌市中级人民法院三级高级法官。担任婚姻家庭合议庭审判长10余年。

【注释】

[1]江苏省高级人民法院民一庭《婚姻家庭案件审理指南（2012）》，<http://www.jshylaw.com/book/fgdq/249.html>，访问时间2013年2月27日；

夏正芳刘悦梅《婚姻家庭案件审判理论若干问题思考》，最高人民法院民一庭《民事审判指导与参考》总31期第183页；

[2]吴庆宝主编《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题》，人民法院出版社，2008年4月版，第202页。

- [3] 夏正芳《由两个案例谈离婚案件中债务问题的认定与处理》，济南婚姻家庭网，<http://www.jnhy110.com/ArticleShow.asp?ArticleID=600>，访问时间 2013 年 4 月 27 日。
- [4] 王礼仁.《判处一条路来——逾越婚姻法解释二 24 条的障碍》，北大法律信息网
- [5] 夏吟兰《我国夫妻共同债务推定规则之检讨》，载《西南政法大学学报》2011 年第 1 期。
- [6] 离婚后由债权人起诉婚内债务的案件，常常有这种情况。
- [7] 殷生根、王燕译《瑞士民法典》，中国政法大学出版社，1999 年 8 月版，第 45——46 页。

离婚案件中关于家庭暴力举证困难的分析

2013 年 11 月 19 日 北大法律信息网 李斌

【正文】

一、造成家庭暴力难以举证的原因

当前，法院在审理离婚案件中，经常碰到当事人提及存在家庭暴力的问题。但经法院查证后，有足够证据证明确实存在家庭暴力的却很少。通过调查和认真分析，我们认为造成家庭暴力难以举证的原因主要有以下几种。

其一、举证难。俗话说，“家丑不可外扬”。大部分受害者在婚姻关系尚未恶化到离婚的边缘时，对所受的暴力一般忍辱求全，不会大肆张扬，更不会向居委会以及基层派出所等反映，以至于案件诉至法院，需要举证证明暴力行为的存在时，因时过境迁而无法举证。

其二、认证难。许多家庭暴力案件，受害人虽及时向居委会提出劝阻请求，却未以书面调解形式固定下来。另外，有些部门在接到此类求助时，也重视不够，仅简单登记一下，未作进一步调查。

其三、作证难。“清官难断家务事”。有些家庭暴力的产生，施暴者、受害者都有过错，受害者被殴打后，自己不愿也不敢向有关部门反映。有些人亲眼见到家庭暴力，但受其它因素影响而不愿、不敢出庭作证。

其四、认定难。我国现行的法律对家庭暴力的规定过于抽象、笼统。如法律规定对家庭暴力行为公安机关应予以制止，并可处以行政处罚。但对其中的情节如何认定不明确，如打一巴掌、揍一拳是否构成家庭暴力，公安机关是否给予处罚就难以界定。还有对于精神暴力也未作出规定，如妻子患病，精神和身体遭受病痛折磨时，丈夫恶意逃避家庭责任；明知妻子的全部生活信心寄托在他身上，却以不回家、不负担经济费用、断绝音讯等方法折磨妻子，使妻子的精神遭受严重打击等等，造成法院对家庭精神暴力难以认定。

二、现行的举证责任分配在离婚案件中对家庭暴力的不利之处

1、现行举证责任分配对家庭暴力举证的要求。

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条的规定，明确了举证责任分配的一般原则是“谁主张，谁举证”，即当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或反驳对方诉讼请求所依据的事实，有责任提供证据加以证明。离婚案件中，受害方当事人如果提出自己曾遭受配偶家庭暴力侵害的诉讼请求时，应当提供证据证明自己的主张是真实的，以得到法律的支持。在诉讼中，根据现行举证责任的分配原则，受害方想要得到法律的保护，不仅要向法院提交自己曾受到家庭暴力侵害的证据——病历或者伤情鉴定书，还要向法院提交该伤害结果是由其配偶所致的证据，并且还须证明配偶对自己的这种暴力伤害在平时的日常生活中不是偶尔发生的。这样，才能形成一个完整的证据链，证明自己的主张是真实的，使合法权益真正得到法律的保护。

2、现行的举证责任分配在离婚案件中对家庭暴力的不利之处。

(1) 曾受到配偶家庭暴力侵害的证据。夫妻间的家庭暴力绝大多数发生在家庭这个私密的空间里，而且是在夫妻之间，外人几乎不可能知道。由此带来的一个重要问题就是：对是否发生家庭暴力的说法几乎是一对一的，没有目击证人，伤处、凶器等证据又会随着时间的流逝而不可辨。很少夫妻在第一次遭受家庭暴力就会想到要去打官司离婚，要为以后打官司而固定、保留证据。通常情况下，受害方只有在最后忍无可忍的情况下，才想离婚。在此前到医院诊治的病例，或到法定鉴定部门做的伤情检验，基本能证明自己曾受到家庭暴力的侵害，这样还容易取得这个证据。但伤害结果是由其配偶所致的证据却很难取到。

(2) 损害与行为之间的因果关系 行为人的行为与损害结果之间有内在的、本质的、必然的联系，也就是受害方人身所受到的损害结果，与其配偶的暴力行为要有必然的联系。第二个证据。我们认为，第二个证据可以是证人证言，也可以是司法部门的文书。证人证言即可以是家庭内部成员做出的，也可以是知道事情真相的邻居或其他在场的目击证人。

a、根据我国现行法律的规定，证人必须是能够正确表达意志的人，而且证人作证以出庭为原则。在司法实践中，证人通常需要出庭作证后，其证言的效力才能得到法院的认可。

由于家庭暴力发生在家庭内部成员之间，因此存在一定的隐蔽性。更由于婚姻的特殊性，使夫妻间家庭暴力的隐蔽性更大。很多夫妻的争执是发生在深夜，而且是很“寂静”的在打，打人的没有声音，被打的认为“家丑不可外扬”，不愿意让外人知道自己挨了打，也没有声音，一切都是在静悄悄的进行。有好多夫妻甚至连自己的孩子、父母都不愿意让知道。中国自古以来的传统观念使大多数人认为，夫妻之间打打骂骂是正常的事情，家庭暴力是家务事，婚姻家庭被看作是庇护公民私生活安宁及自治的不容外界侵犯的“城堡”。所以即使知道某对夫妻在打架，也不愿意去劝导。离婚案件中，一般证人多为受害方的亲友及邻居，但同时也是施暴者的亲友及邻居，

找这些人取证常遇到推诿的情形，或者不如实作证，让他们出庭作证更难上加难。这就给离婚诉讼中家庭暴力的举证增加了难度。

虽然我国法律也规定了在特殊情况下，证人可以不出庭作证，但在实践中这种情况却几乎没有。几乎所有的证人在不出庭作证的情况下所出具的证言，都未被法院采纳。因此，受害方很难取得这份证据。

司法部门的法律文书。这对于受害方来说是一份非常难得、非常重要的证据。但由于家庭暴力的特殊性、隐蔽性，受害者往往在暴力正在进行时无法向司法机关报警、求助；有时即使报警了，警察出警后，在赶到现场时暴力行为已经结束，在没有证人证明、施暴者极力否认的情况下，出警民警也很难对事情作出一个准确、真实的认定，而导致受害人对这份证据也难以取得。

3、从法律的角度讲，家庭暴力和其他情形下的暴力没有什么区别。在法治社会，法律是不能容忍任何形式的暴力，即使是发生在家庭成员之间。法律规范在实施中的作用是教育人民某些行为是非法或社会不能容忍的，最有效的预防家庭暴力的方法之一就是要使实施暴力者确信，我们的社会决不允许、不容忍他们的行为，他们必须为自己的暴力行为承担责任。在现行的举证责任的要求下，受害方的合法权益往往由于举证不力的缘故，而很难真正得到法律的保护，从而使施暴者无须为他们的违法行为承担相应的法律责任，故使我们无法制止家庭暴力总体在程度上和频率上的增加，容易助长施暴者的嚣张气焰，使法律的规定流于形式。

三、对离婚案件中的家庭暴力使用举证责任倒置的有利之处

1、举证责任倒置的概念及法律规定 举证责任倒置是指对一方当事人提出的权利主张由否定其主张成立或否定其部分事实构成要件的对方当事人承担举证责任的一种证明责任的分配形式。它是基于现代民法精神中的正义和公平面对传统的“谁主张，谁举证”原则的补充、变通和矫正。最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第74条中规定了侵权诉讼中举证责任倒置的六种情形，但没有规定家庭暴力适用举证责任倒置。

2、对离婚案件中的家庭暴力使用举证责任倒置的有利之处 我们认为，为使受害方的合法权益真正得到法律的保护，对离婚案件中的家庭暴力使用举证责任倒置，受害方在离婚诉讼中只要提出自己受到家庭暴力的主张即可，由施暴者针对自己的反驳主张，向法院提交证据，证明自己没有实施暴力行为，对方的暴力损害后果不是由自己造成。这样，避免了受害方在遭受暴力后，还要忍着心理和身体上的痛苦，到处搜集对自己有利的证据。从而更有利维护受害方的

(1) 从个人方面，增强了夫妻之间的责任感。从人的自私的心理出发，由于担心他人对自己配偶人身伤害的行为后果，会在某一日误由自己承担，因此，夫妻双方在平时会对配偶的人身安全比较在意，尤其是在配偶真的受到人身伤害时，更会倍加关心，多方维护配偶的权利，无形中从某中程度上增加了夫妻双方任何一方的责任感，使婚姻家庭得到进一步稳定。

(2) 从家庭方面，加大了家庭稳定性。由于夫妻间的责任感增强了，夫妻双方在平时的生活中能真正感受到对方的关爱，促使夫妻之间更进一步相互关心，相互爱护，增进了夫妻感情，巩固了家庭在人们心中的地位。

(3) 对后代。有证据证明，生长在暴力家庭的子女，由于长期目睹、忍受父母间暴力的痛苦（有的甚至把夫妻间的暴力及于子女），成年后也更有可能在自己的婚姻中陷入暴力行为。夫妻间的感情稳定了，暴力减少了，子女有了优良的成长环境，身心得到极大的放松，有利于结束上述恶性的暴力循环，使子女的身心得到健康的成长。

(4) 从立法方面，使法律的规定不在流于形式。由于有了以上的前提，在离婚案件中，施暴一方的行为就会得到应有的惩罚，而无过错方的合法权益能切实得到法律的保护，使法律的规定及保护的人民的合法权益不再流于形式，法律日趋完善，人民更加维护法律的公正和尊严，统治者在人民心目中的地位更加坚固。

(5) 从社会方面，由于人们责任心增大，爱心增加，家庭和睦，安居乐业，对国家法治的信心日益增长，使社会治安得到进一步稳定，有利于促进经济的发展和社会主义精神文明建设，使我们国家的法律地位的国际上得到进一步巩固。

四、结语

家庭暴力虽然发生在家庭内部，但家庭是社会的细胞，如果家庭的小舟遭受暴力的打击，则会动摇社会稳定和文明进步的基础，综合以上论述，现行的举证责任分配原则并不利于真正保护离婚案件中权利人的合法权益，而在离婚案件中适用举证责任倒置，可使真正实施家庭暴力者得到应有的惩罚，既可以减少和预防家庭暴力的案发生率，又能减少由家庭暴力引发的家庭凶杀案及其他潜在的犯罪，有利于家庭的团结，社会的稳定，经济的发展；从长远来看，也教育人民改变传统的观念，明白家庭暴力不是私人之间的家务事，而是非法的、甚至犯罪的行为，其危害性已经超越了被害人的家庭，对整个社会产生了危害后果，最终受到应得的惩罚，提高了人民的法制意识，更有利于国家精神文明的建设。因此，我们认为，在新的立法中，可以对离婚案件中的家庭暴力举证责任实行举证责任倒置。

以民间借贷为视角解析夫妻共同债务

2013年11月29日 北大法律信息网 陆兵

【学科分类】民商法学

【出处】本网首发

【关键词】民间借贷；夫妻共同债务

【写作年份】2013年

【正文】

在民事案件中，离婚案件与民间借贷案件都是比较简单的案件类型，但现在，这两种案件交叉形成的涉及夫妻共同债务认定的案件，却越来越受到关注。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《解释（二）》）出台后，相关案件出于保护债权人民事权益的目的，多数都是依据该条第二十四条规定，将系争债务认定为夫妻共同债务。

何为夫妻共同债务，多数学者这样定义，即夫妻共同债务，是指在婚姻关系存续期间，夫妻双方或一方为维持共同生活的需要，或出于为共同生活目的从事经营活动所引起的债务。这样的定义，道出了夫妻共同债务的内涵性质及债务发生的基础，但与《解释（二）》第二十四条规定的精神相背离，故具体论述前，本文暂时弃之不用，而先归纳概念如下：夫妻共同债务，是夫妻合意举债，或一方单独举债，可最终都由夫妻共同清偿的债务。

一、夫妻共同债务的实务现状

从立法和司法解释发展来看，因社会经济活动的活跃，夫妻共同债务认定是由严到宽的。以致现在很多情况下，不加区分，简单的套用《解释（二）》第二十四条规定。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义所负的债务，直接推定为夫妻共同债务，能够优先保护债权人合法权益，维护交易安全，降低财产交易的成本，便于及时合理地解决纠纷和维护债权人的合法权益。同时，还因为夫妻及家庭生活的隐私性，对很多事实，第三人难以知晓与掌控，而大家又缺乏风险防范意识，加上诚信等道德缺失，故而，相关案件中，夫妻债务是否共有，是否逃避债务、转移财产等，难以证明和确认。

于是，《解释（二）》第二十四条成为此类问题的上方宝剑，感觉其放诸四海皆准。但随着时间的推移，上述一刀切的作法，越来越受到大家的质疑与诟病，包括笔者。甚至适用时，面临情理与法理的尴尬选择。其弊端，正如有学者归纳的：直接推定，夫妻共同债务成了毫无遮挡的“敞开门”；判断夫妻共同债务，没有客观标准和法律标准，全凭当事人主观态度而定；会助长虚构债务等恶劣风气泛滥，破坏诚实信用原则，危及婚姻安全。

二、从民法解释学角度重新审视《解释（二）》第二十四条

民法解释学，是学习适用法律的必备利器。下面，我们就从民法解释学角度解读有关夫妻共同债务方面的法律规定（包括司法解释）。当前对夫妻共同债务的法律规定主要有《中华人民共和国婚姻法》第四十一条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《解释（一）》）第十七条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条。但现有法律层面的立法并未对夫妻共同债务作出清晰规定，只是便于统一适用标准，最高人民法院才在司法解释里作出相关规定。对于法官而言，作为法律的实践者，是要运用民事法律规范解决现实的纠纷和问题，因而所要运用的正是民法解释论。民法解释论强调遵循一定的章法（解释方法），从事此项作业者，发表任何言论和见解，都要强调有根有据、循规蹈矩，不能凭空而来、妄下断言。^[1]故而，我们在具体适用《解释（二）》第二十四条前，先从民法解释学角度，结合现有法律、司法解释，论证夫妻共同债务。

文义解释，指依照法文用语之文义及通常使用方式而为解释，据以确定法律之意义而言。^[2]《解释（二）》第二十四条规定，从字面解释来看，只要是夫妻一方名义所负债务，只要不是债权人与债务人明确约定为个人债务及债权人知道夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的之外，应认定为夫妻共同债务，而不论借款用途、目的等事由。但如此，显然违背了世事常理及基本的法律精神。体系解释，以法律条文在法律体系上之地位，即依其篇章节条款之前后关连位置，或相关法条之意，阐明规范意旨之解释方法。体系解释，除此之外，尚包含扩张解释、限缩解释、反对解释、当然解释等数种解释方法。限缩解释，系指法律规定之文义，过于广泛，限缩法文之意义。该解释方法，取其意义核心部分为解释，法官非可任意为之，而应考虑法律目的，使整个法律秩序得以体系化。^[3]《解释（二）》第二十四条属于司法解释，严格意义来说，不在《婚姻法》章节内，很难适用体系解释，但司法解释，属于我国民法渊源之一，是最高人民法院对审判工作中具体法律适用问题作出的解释，其来源于制定法，故不能超越制定法。在我国尚未制定民法典及现实司法环境下，我们不妨将《婚姻法》和最高人民法院关于《婚姻法》的司法解释纳入大的婚姻家庭法框架内，从体系的角度解释相关条款。《婚姻法》第四十一条，已对夫妻共同债务进行了确定，即夫妻共同生活所负的债务，然后结合《解释（一）》第十七条规定，可以确认夫妻一方正常处理财产的行为只能涉及日常生活需要。故而，综上所述，依据《解释（二）》第二十四条认定夫妻共同债务，应将债务限缩于日常共同生活范围（包括为了共同生活的生产、经营）。

三、夫妻共同债务案件的证明责任

如只从文义解释，简单套用《解释（二）》第二十四条规定，只要夫妻一方或双方不能举证证明债权人与债务人明确约定债务为个人债务，或者属于债权人知道夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的情形，则一律认定夫妻关系存续间的债务为夫妻共同债务，举证责任分配较为简单，审理也较为容易，但如此，正如上文所述，带来了一系列弊端，也与日常家事代理制度发展相背离。

笔者认为，欲处理好夫妻共同债务案件，须正确理解日常家事这一概念。关于日常家事，各国地区立法存在差异，如“维持家庭日常生活与教育子女”（法国），“家庭的生活需求”（德国），或“日常家事”（日本、台湾），但无论如何表达，笔者认为，都应和家庭正常的共同生活或出于为共同生活目的而从事的生产经营活动需求有关。

债务标的大小、举债目的、实际用途及是否双方通晓等诸多要素中，债务标的比较直观，而举债目的、实际用途及是否双方通晓，如果夫妻另一方否认，就涉及举证证明问题。

债务标的较小，即使无法查明其债务性质，根据日常家事代理制度，认定由夫妻双方承担连带责任，不但利于维护交易安全和减轻交易成本，对于非举债方，影响也不大。除非发生极端的现象，一方和多人发生借贷关系，而每笔数额较小，都是正常的生活借贷，总额却较大或巨大，另一方对此却并不知情，但这毕竟是个案。而债务标的较大或巨大，超出日常生活需求，认定时，往往让人左右为难。此时，证明举债目的、用途和是否是否通晓，就显得尤为重要。

那，谁来承担证明责任呢？

离婚案件，夫妻一方要求认定其提出的债务共有性质，根据“谁主张，谁举证”原则，即“举证义务存在于主张肯定事实之人，不存在于否认事实之人”[4]，其应承担证明责任。此时，对垒的是夫妻双方，对生活状况包括家庭收入、有无举债必要、举债用途等信息的掌握并无多大差异，而债权人一般是作为证人出现。债权人与夫妻一方形成“同盟”，都欲证明债务的存在及夫妻共有性质。证据形式，一般是借条和证人证言，有时也有病历、发票等证据佐证，证明债务发生的必要性、合理性及实际目的和用途。在举证质证外，法院需严格审查当事人的家庭经济情况，生活状况，结合日常生活经验法则，作出合理合法的认定。

夫妻为共同被告的债权债务类案件，要么夫妻双方均否认债务的共有性，或一方承认，一方否认。此类案件，原告一般会提供借条、欠条和夫妻婚姻证明等证据，而证明借款目的、用途或双方是否通晓等的证据，并不多，实际最终认定也多依据《解释（二）》第二十四条作出。从“谁主张，谁举证”最基本的证明责任出发，原告即债权人承担举证责任，应属当然。但是，我们也应认识到，在分配证明责任时，应根据双方当事人距离证据的远近，接近证据的难易，以及收集证据能力的强弱等因素来确定分配方案，将证明责任加在占有或接近信息资料，有条件有能力收集信息的当事人身上。[5]由于夫妻及家庭生活的隐私性，一方举债，另一方是否知晓，借贷目的和用途，是否用于家庭共同生活或与家庭共同生活有关的生产经营活动等，多数情况下，只有夫妻双方自己清楚，极少情况，如举债方嗜赌，吸毒等或夫妻一方和债权人串通虚构债务，债权人才知道债务的由来和性质。所以，必要时，可以举证责任转移，让夫妻双方或一方承担相应的举证责任，如让非举债方证明举债方存在不良嗜好，家庭经济来源、财产状况及收入、支出情况。法官通过当事人间的诉讼对抗，并结合日常生活经验法则，在盖然性原则下，作出法律事实尽量接近于客观事实的裁判。

四、立法建议

随着社会的发展，比如由于银行贷款较难，许多投资者因经营需要转向民间融资，甚至是高利息借贷。同时，由于社会价值观的改变，很多借贷者出于自身原因如博彩、赌博及奢靡生活等需要，在外借贷，借贷次数多，数额大，而家里人包括夫妻另一方并不知晓。可以说，近几年，民间借贷案件审理包括夫妻共同债务的认定，越来越困扰着司法界。

笔者认为，举证证明一方举债为夫妻双方通晓，举债目的、实际用途是为了共同生活或为共同生活目的从事生产经营活动需要，查明债务性质，是最好的结果。虽然现实中，民间借贷等民事活动中，多数当事人之间，并无严格的形式要求，再加上证据的单一，当事人举轻避重，且夫妻生活的隐私性，故举债目的、实际用途及是否双方通晓，在案件中难以清晰的认定，即很难证明债务是否与家庭生活有关。一言以蔽之，在涉及夫妻共同债务的案件中，有些事实难以查清与认定，这也是《解释（二）》第二十四条规定出台的现实条件。但无论如何，出于对夫妻共同债务本质的认识，我们都不能简单的套用《解释（二）》第二十四条规定，而应尽量查明债务的性质（包括真实性和共有性）。

此外，笔者曾思考，考量债务标的大小，是认定夫妻债务性质比较直观的方法。以债务标的大小，作为认定夫妻共同债务的标准。夫妻共有的房产，在房价飙升前，登记未注明是夫妻共有，买卖过户只有夫妻一方到场办理，也是客观存在的事实，后由于房价高升，矛盾纠纷激增，以致房产登记为夫妻共有，买卖过户夫妻必须同时到场，已是现在通常或必须的形式。这些变化，需要观念的改变及一个过程，我们制定有关夫妻共同债务的制度时，不妨作一参考。规定一个债务标的为标准。如果低于这个标准，举债就无须夫妻双方共同到场，一方举债即可直接认定为夫妻共同债务；如果高于这个标准，就必须夫妻双方共同办理、合意举债，或另一方向举债方出具授权委托书。关于债务标的的标准，可以参考小额诉讼的立法模式，以地区居民平均收入为参考。此外，还可考虑双方的职业、财产等因素，在一定范围内浮动，当然能够浮动的事实证明，需由债权人承担，促其掌控借贷风险。通过制度设计，要让公民具有风险防范意识，使其既有基于诚信、友谊及情义的彼此信任，又有对规则的尊重与遵守，降低纠纷出现的概率。于此，笔者再举个简单的类似情形，以前亲戚朋友同事间借贷，很多都不需出具借条，但一段时间因此引发的纠纷数量增加，所以现在多数人间借贷，都会要求会主动出具借条。这就是观念的转变。

其实,无论如何设计,笔者都深感,难以找到一个一劳永逸的方法,一刀切的解决夫妻共同债务认定问题。只有更加完善,而没有最完善。

【注释】

- [1] 韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2008 年版,代二版前言。
- [2] 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 133 页。
- [3] 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 140-151 页。
- [4] 肖建华、肖建国、金殿军、王德新著:《民事证据规则与法律适用》,人民法院出版社 2005 年版,第 131 页。
- [5] 肖建华、肖建国、金殿军、王德新著:《民事证据规则与法律适用》,人民法院出版社 2005 年版,第 137 页。

遗嘱违背公序良俗,法律岂能支持

2013 年 11 月 19 日 人民法院报 谢碧娟

民法通则是继承法的基本渊源和上位法,因此办理遗产继承案件也不能违背民法的基本原则。当遗嘱违背公序良俗时,判决其无效才是符合法度的。

近日,邝某拿着已过世的情夫王某的遗嘱到广东省珠海市香洲区人民法院起诉要求分遗产,后珠海市两级法院均认定其违背公序良俗,判决驳回其诉讼请求。此案宣判后,立即引发了社会各界人士的热议,有人拍手称赞,认为“二奶”伤风败俗,法院此举是“伸张正义”,也有人提出质疑,认为不应该用道德标准去衡量法律。笔者认为,珠海市两级法院的判决并无不当,涉案遗嘱因违背公序良俗被驳回符合立法精神。

该案主要争议点在于:按照继承法的规定,公民可以立遗嘱将个人财产赠给法定继承人以外的人,且遗嘱的效力优先于法定继承,即如果单纯从继承法的角度考虑,邝某手中的遗嘱合法有效,法院应予支持。但是按照婚姻法的规定,夫妻应当互相忠诚,禁止有配偶者与他人同居,邝某手中的遗嘱虽然形式合法,但是由于其系基于与立遗嘱人王某非法同居关系的基础上才获得遗赠的,违反了一夫一妻的婚姻制度,同时违背了民法通则中“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益”的公序良俗原则。表面上看,该案是“二奶”与法定配偶的权益之争,实际上,此案涉及到法律规则与法律原则的适用与平衡问题。倘若珠海市两级法院单凭继承法的规定判决支持邝某的诉讼请求,势必会影响人们的是非判断和道德评价,助长“包二奶”的风气,甚至可能会造成一些不法分子通过这种方式规避法律,转移财产。而倘若珠海市两级法院以违反公序良俗为由驳回邝某的诉讼请求,又会遭到很多人的抨击,认为法院没有依法判案。由此便陷入了尴尬的局面。

笔者认为,法官在处理此类案件时应当在充分领会立法本意的前提下运用法律,而不是机械地引用法律。毫无疑问,该案是一起遗产纠纷,理应适用继承法的规定进行处理。但是,我们需要考虑的是,民法通则是继承法的基本渊源和上位法,继承法的基本原则和精神应当遵循民法通则,不应与其发生根本上的冲突。因此,从立法本意上来看,继承法的适用也应遵循公序良俗原则。再者,婚姻法致力于保护合法有效的婚姻,维护婚姻家庭秩序,继承法虽然与婚姻法并无隶属关系,但是却紧密相连,倘若继承法认可违背公序良俗的情妇遗嘱,那么婚姻法中关于夫妻应当互相忠诚的规定将形同虚设。法律既是一种行为规范,也是一种社会规则。个人对私有财产享有处分权,但是这种处分权不应当以牺牲社会公共利益(在本案中即为婚姻家庭秩序)为前提。

形式不符内容真实性无法确认 一线法官表示 网络遗嘱局限多无法律效力

2013 年 11 月 21 日 法制日报政法·司法 蒋皓

“我整年工作高层楼顶,工资不少,可这是在玩命。为此我特立遗嘱,如果某天不幸从高楼上滑下,妻儿请自立,我的存款作为反哺全部归我多病的母亲所有……”这是一名室外装修工人在 QQ 上面写的一段“遗嘱”。

随着网络的普及,通过专业遗嘱网站、QQ、微博等方式写下“遗嘱”成为越来越多人的选择。然而,自网络遗嘱与专业遗嘱网站诞生以来,关于网络遗嘱是否具备法律效力、能否作为证据的疑问便一直存在。

“网络遗嘱并非一个法律概念,只是对目前网络上以专业遗嘱网站或者 QQ 等形式记录遗嘱现象的统称。”北京市朝阳区人民法院民一庭法官凌巍告诉《法制日报》记者,目前,我国继承法只规定了公证、自书、代书、录音、口头 5 种遗嘱形式,网络遗嘱并不在法定遗嘱形式范围内。

“网络遗嘱——您的人生黑匣子”,一家专业网络遗嘱网站打出这样的宣传语,用户可以通过该网站提供的网络遗嘱保管箱,将遗嘱内容指定一个或数个联系人,在本人去世(包括邮件通知未回复、指定时间段未登录等情形)或者失去正常意识(植物人、精神病等情形)后,其指定联系人就能收到该用户的“网络遗嘱”信息。截至 11 月 20 日,网站显示会员已达 24 万余人。

该网站创始人李佳表示,很多人对于该网站的网络遗嘱业务存有片面认识,网络遗嘱中虽然含有“遗嘱”二字,却不具备遗嘱的法律效力。网络遗嘱并不是让大家立遗嘱,它只是一个信息存档和传递的保管箱。网络遗嘱为用户提供的人生重要信息存档和传递服务,从情感上讲,是死者对于家人的慰藉,客观上避免了不必要的财产纠纷。

对此,有专家表示,尽管该网站并不是引导会员设立“遗嘱”,但因为很多内容涉及到特定情况下个人财产的处置以及有关第三人的合法利益,所以网络遗嘱从始至终都不能回避法律问题,而且必须放在法律背景下看待。

“这种利用 QQ、微博、电子信件或者专业遗嘱网站所立的遗嘱,目前来看,即便内容合法,而且是立遗嘱人本着真实意思订立的,也不具有法定形式要件,因而没有法律效力。”凌巍说,法律规定的 5 种遗嘱均不能以完整原件的形

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报——分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得
态存储于网络上,如果网络是遗嘱保存和传送载体,那么也只能是对前述 5 种形式遗嘱的保存和传送,同时必须配合原件才有法定效力。

此外,网络遗嘱的安全性与真实性也因无法保障而受到专家和网友的质疑。

网友何先生并不买网络遗嘱的账,他说:“现在黑客那么多,任何网站都无法保证安全万无一失,一旦用户财产性遗嘱遭到篡改,遗嘱的真实性和受益人的权利如何保证?”

有律师提出,网络遗嘱还有一个无法确定立遗嘱人是否具备完全行为能力的问题。因为根据我国法律规定,当事人立遗嘱时必须要有行为能力。无民事行为能力人所立的遗嘱,即使本人后来具备完全行为能力,该遗嘱仍属无效。

“新修订的民事诉讼法已把电子数据纳入证据的范围,但电子证据的适用条件很严格。”凌巍对记者说,如果现实生活中的确发生了有关网络遗嘱的案件,只有在能够确认网络遗嘱的真实性、排他性、合法性、关联性的前提下,才能作为证据使用。

凌巍表示,目前来看,网络遗嘱在很多方面都存在局限性,只能作为网络存储空间或者情感表达渠道。如果确实需要订立遗嘱,应当按照现行法律规定的 5 种遗嘱形式订立,确保遗嘱效力和受益人权益得到保护。

(中国法院网) 11 月 20 日 14:30, 海淀法院副院长宋鱼水做客本网

2013 年 11 月 20 日 中国法院网

[主持人]:

在近期召开的中国妇女第十一次全国代表大会上, 海淀法院副院长宋鱼水当选为全国妇联兼职副主席。当选后的宋鱼水说: 会继续做法官, 妇联工作是兼职。

[13:40:03]

[主持人]:

2013 年 11 月 20 日 14: 30, 海淀法院宋鱼水副院长将做客本网, 与广大网友交流当选全国妇联兼职副主席的感想, 及今后法官与妇联工作的安排, 敬请关注。

[13:40:15]

[主持人]:

各位网友大家好, 我是北京法院直播网主持人梅玉兰。在近期召开的中国妇女第十一次全国代表大会上, 海淀法院副院长宋鱼水当选为全国妇联兼职副主席。今天我们邀请宋院长来到北京法院直播网直播间, 与广大网友交流心得。您好, 宋院长, 先和我们网友打个招呼。

[14:29:36]

[嘉宾 宋鱼水]:

各位网友大家好。

[14:31:54]

[主持人]:

宋院长, 您好。欢迎您再次来到我们直播间, 参加访谈。这次直播由人民网、法制网、中国法院网、正义网、千龙网、首都政法综治网与北京法院直播网联合进行。下面访谈开始。

[14:32:54]

[主持人]:

我们首先祝贺宋院长当选全国妇联兼职副主席。您是不是首位女性法官当选全国妇联兼职副主席的?

[14:33:21]

[嘉宾 宋鱼水]:

我没有考证过, 也许是。无论是不是, 都是代表法官这个群体, 代表基层这个群体, 我愿意与大家一起分享。

[14:34:15]

[主持人]:

为什么要选法官来做全国妇联兼职副主席? 是不是在用法律全面保护妇女权益上会起到特别的作用?

[14:34:46]

[嘉宾 宋鱼水]:

我自己感觉, 在依法治国的过程中, 妇联肯定不甘落后, 6 亿 5000 万女性肯定也是法治建设的半边天, 所以, 这是十八大之后, 特别是十八届三中全会之后, 妇联重视和加强法治建设的重要举措。这可能是一个创新的方法, 我愿意从这两点去理解。

[14:35:58]

[主持人]:

当选全国妇联兼职副主席后, 您有什么感受?

[14:37:37]

[嘉宾 宋鱼水]:

总得来说，我还是很淡定的人，但这一次激动大于淡定，因为在妇联的平台上，我本人包括法官，可以实现自己的理想，我可以继续实现我的法律理想，特别是和中国法官一起为祖国法治建设多做贡献，是一个激动人心的时刻，我非常感谢妇联给了我一个这样的机会。

[14:38:11]

[主持人]:

全国妇联兼职副主席有哪些工作需要做？有哪些职责？

[14:38:28]

[嘉宾 宋鱼水]:

我想至少有两个：一是妇联布置的工作任务；二是本着尽责的原则，我认为可以努力的工作方向。在妇联的工作要参加妇联会议，这些重要的会议要参加，每年妇联都有一些具体的工作部署，有落实的要点。这样的情况下，以副主席去执行每一项任务和决策，我有自己的本职工作，用这样一个视角去服务于妇联，这是一个独特的视角，有任何好的建议方法，都可以去提建议。

[14:39:43]

[主持人]:

据介绍，您连续三次当选全国妇女代表大会代表，连续三次参会，在参会过程中，您有什么感受？对中国妇女权益保护问题有什么看法？

[14:40:16]

[嘉宾 宋鱼水]:

我想，这能说明我对妇联工作有十年的深入了解，每届是五年，已经是第三届了，十年的虔诚热爱。前两届，在每次会议期间，都是女性的杰出代表，我向她们学习的也特别多，自己本身就是女性，就有天然的潜质和热爱。在参会过程中，我觉得妇联主席都有很强的领导力，特点就是，她们在以身作则、维护妇女权益方面工作突出。我觉得还有一些女性的整体来讲是一个比较强的群体。女性的特点，一是坚持性，有柔中有刚的性格，还有就是性格，尽量希望圆满成功，女性愿意追求完美。二十一世纪是女性的世界，随着脑力劳动的加强，体力劳动的弱化，女性和男性之间的差异性越来越少，女性的工作魅力越来越凸现。

[14:42:52]

[主持人]:

您觉得法官为妇女权益保护需要做些什么？

[14:44:26]

[嘉宾 宋鱼水]:

保护妇女的合法权益，任何妇女都需要守法，其合法权益才能得到保护。无论对男性还是女性都是平等的原则，被法律规定的合法权利，这一点很重要。如果要保护女当事人的权益，法官有个特别的期待，女当事人比男当事人更守法，大家天然就契合，任何女性都需要守法，自己的权益才能得到实实在在的保护。在社会主义法律体系已经形成的大背景下，女性法律知识的普及，目前法治的弘扬新的法律形象的展示都是非常好的。

[14:45:58]

[主持人]:

您作为全国妇联兼职副主席，今后如何开展相关工作？

[14:46:16]

[嘉宾 宋鱼水]:

这几天正在广泛听取建议，广泛的讨论，初步有如下打算：成立工作组，细化各方面的工作，一起去落实，在北京法院网中大家也觉得女性的案例，女法官的工作案例都可以进行整理一下。从我听到的建议来看，面是很广的，都可以进一步夯实一下，从十八届三中全会报告看来，法治思想贯穿于改革的全文，包括各个行业的守法执法的问题，包括我们说的公民的守法，还有行政机关法治建设的问题，这些问题都包括，还包括每一个司法案件的公平正义。都跟法律离不开，也都跟女性离不开。

[14:48:08]

[嘉宾 宋鱼水]:

我们法院的案件可以说，太丰富了，既有直接维权案件，还有背后渗透的，比如家庭建设，我们的劳动权益保护，保证我们在知识产权创新领域的，女科学家、女技术工作者，如何把法治中国中这些女性的工作，如何把法院的工作再更好的传递给社会，使我们有一个比较好的法律范围，确实内容还是挺多的。

[14:48:51]

[主持人]:

宋院长，在您 20 多年的法官生涯中，有没有审理过涉及妇女权益保护的案件？据介绍您一直负责审理经济案件和知识产权案件。

[14:50:07]

[嘉宾 宋鱼水]:

这个问题在于如何界定妇女权益？我觉得女性权益不仅仅包括女性在家庭中的权益，而且包括女性的劳动者权益、女性的创业者权，从这个方面而言，经济案件和知识产权案件也涉及女性权益。我在09年底主管过民事审判工作，婚姻案件比较棘手，家庭感情是否破裂了，真的判离婚的话工作怎么去做，才能让矛盾缩短到最小，在这些案件当中，难度很大，也不像我们想象的那么简单。

[14:51:20]

[嘉宾 宋鱼水]:

曾经有一个案件男方有第三者，男方和女方有一个协议，说有第三者的情况下，男方要赔偿女方精神损失费。这就涉及能不能在精神损失费多判给女方一些，但是男方和女方的月工资都不到一千元，孩子还小，孩子由男方抚养，在这种情况下，能判多少，在保护女性合法权益个案中，有很多问题值得研究。孩子是家庭的最大利益，其次是女性的最大利益。在这样的情况下更好地帮扶女性的权益，需要妇女工作者来做，在这样的情况下，还要自立自强，在该不该离婚的时候，给她理的辅导，给她一些帮助是很重要的。这是保护一个整体，任何法律都不会片面的保护。

[14:54:12]

[主持人]:

据介绍，海淀法院在涉及妇女权益的案件中，推行了婚姻家庭案件立案调解制度，请宋院长介绍一下这是一个什么样的制度？

[14:54:56]

[嘉宾 宋鱼水]:

我主管过立案庭和民事审判庭，我请了一些婚姻法的老师做一些婚姻案件的帮扶工作，我最初的目标是，用这些实践中的案例，在实践与理论的层面上与老师共同结合案例，完成一个理论的工作，用理论多完善一些实践的效果。在立案工作中，我们总结出，从源头跟踪，如果能进行诉前化解的，如果需要一些社会、法律的辅导我们就多做一些，在这个基础上，我们能不能进一步加强专题研讨，所以今年年初我们就召开了一个婚姻案件的离婚研讨会，从比较法的一个角度，讨论一些家庭的意见和建议。婚姻案件的立案工作当中，也特别感谢婚姻法和社会学的专家，这几个位老师是上一届的执委，特别是要感谢夏吟兰老师，马凤芝老师，林建军院长，老师们作出了巨大的付出和贡献。

[14:56:26]

[主持人]:

这个制度推出对妇女权益保护有什么作用？

[14:56:46]

[嘉宾 宋鱼水]:

我觉得这个制度推出以后，本意上是保护妇女的合法权益，第二个是说，保护不是一个空话，怎么来实现，女性的需求，一个是法律的需求。另外，如果妇女处在婚姻的痛苦时期，需要一些面对面的交流，给她释放一下压力和痛苦，还有需要指导，我该怎么去做，怎么想这个问题，需要注入一些知识性的交流，这个路不知道该怎么走，给你做一些交流之后作出一些正确的选择，比如孩子的选择、孩子最需要什么？

[14:58:11]

[主持人]:

除了公正审理涉及妇女权益案件，海淀法院在妇女权益保护方面，还做过什么其它工作？您给介绍一下。

[14:58:41]

[嘉宾 宋鱼水]:

我院对妇女工作尤其的重视，一个是有女法官委员会，大家结婚生子的时候，有会收到一份女性的问候。二是我们的院长、庭长、法官当中女性的比例越来越大，我们的院长组织当中有两位女院长，我们的中层中有很多位女庭长，年轻的法官中女性占绝对的比例。我们和海淀区妇联有很多联系，我们积极参加活动，积极的表达意见和建议。最重要的一点是培养了一批优秀的女法官，比如尚秀云法官、李盛荣法官，她是劳动争议庭的法官，她有一批粉丝，在政法大学讲话期间受到了很多的好评。

[15:02:10]

[主持人]:

在当选全国妇联兼职副主席后，您说：会继续做法官，妇联工作是兼职。您现在还审理案件吗？

[15:02:48]

[嘉宾 宋鱼水]:

因为现在做的职务，审理的案件比较少，我主管的范围是知识产权审判庭、交通事故法庭的案件、全院立案工作，当然作为审委会会员，每周都有讨论案件的职务，法院工作还是比较多的。

[15:03:56]

[主持人]:

您现在身兼数职，法院副院长、全国人大代表，现在又当选全国妇联兼职副主席，有法官本职工作，还有社会工作，既有本职，又有兼职，您如何协调这些工作？

[15:04:35]

[嘉宾 宋鱼水]:

我定位有一个中心，所有的工作都围绕国家法治建设工作，虽然身份很多，但目标一致，我希望我能够统筹起来，围绕法律工作的工作主题，一根针穿起万条线。我没有觉得这些工作都有多难，已经习惯勤奋盲目的工作，这是我们法官的一个工作方式了。我们院干警中传扬着这样一句话，“当奉献成为习惯”。

[15:05:58]

[嘉宾 宋鱼水]:

在建党八十五周年的时候，我代表全国基层工作者作了一个发言。我发言之前，回到单位，听了法官可歌可泣的、以奉献为主题的故事，我当时特别感动。我怎么能中央一级的会议上表达，我觉得这不是一个小发言了。我发言之后，印象非常深刻，旁边的人跟我说发言时非常声情并茂，很感人。

[15:09:32]

[主持人]:

宋院长可以说是女性的成功典范，您个人有什么成功的经验可以跟广大女性朋友分享？

[15:09:58]

[嘉宾 宋鱼水]:

有以下几点：一是我不会完全否定自己，女性要有原则性，有定力，如果从法官的角度而言，刚性法律文化很重要，有些问题不能妥协，我们一定要讲原则，我们的原则会让我们更有魅力。

[15:11:09]

[嘉宾 宋鱼水]:

二是我不原谅我自己的主观过错。主观上要有百分之百的努力，单从客观上来说错误是不可避免的，完美只能是一个目标，是可遇而不可求的，我比较注重过程，注重主观上的要求，一旦出错，下一次一定要做好，我觉得是一个心理调试的过程，如果你认为是对的，证明很重要，说理很重要。你必须谦和，认真倾听，接受百家之言，永不放弃。法官是一个案件的裁判者，如果一旦裁判出错，就没有后悔药了，在裁判之前一点要谨慎又谨慎，慎重又慎重。当别人犀利地发表意见的时候，我都放在肚子里，再发言，你期待别人可以说服你，当别人不能再说服你的时候，说明是最后的结论，因此在对方很重要。

[15:19:04]

[嘉宾 宋鱼水]:

三是敬佩各个领域里的专家，任何问题，专业人员更有发言权，比如你是主持人，在主持领域你肯定比我重要。内行很重要，我习惯淘金。从书本中淘金，努力去发现真知灼见，我也喜欢盲听，好比逛商场，好东西是要被发现的。走进群众接地气很重要，不轻视任何人，了解普遍性再了解特殊性。

[15:20:19]

[嘉宾 宋鱼水]:

四是做事需要团队，众人拾柴火焰高。速录员、法官助理、法官对一个案件的完成都会起到各自的作用。好比医生、护士，医生代替不了护士。要尊重每个人的劳动，要让每个人做到最好，才能实现最好。

[15:20:54]

[主持人]:

您认为女性的成功是事业的女强人？还是回归了家庭，是好妻子、好母亲？

[15:21:24]

[嘉宾 宋鱼水]:

迄今为止，家庭是世界各国的选择，是社会最幸福的单元。女性文化直接影响家庭，女性对孩子的言传身教不仅是知识、更是性格、意志力、价值观、公平观、世界观等等。家庭中男女可以进行不同的分工，女性还是需要知识基础的，不要顾此失彼，还是把家庭和工作协调好，运筹好，做家庭工作的总指挥，照顾孩子和丈夫都是可以的，最重要的是理解对方，在于两个人要沟通好，思想上能够谈得来，很多东西都有一致的想法，教育孩子是要向教练一样带孩子。

[15:25:48]

[主持人]:

宋院长在家中是好妻子、好母亲，您的孩子也是大学生，您工作也是这么的出色，向您说的也是工作和家庭统筹的非常好。

[15:26:31]

[嘉宾 宋鱼水]:

女法官的职业就是要解决矛盾，在矛盾中发现解决问题的标准，我们是一个专业人员，我们可以统筹好，我们都有这个能力，我觉得我们都可以协调好。我发现法院的工作人员都特别重视家庭，比如李红星法官，一遇到

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得
家庭纠纷就特别有兴趣，因为他自己本身也是一个模范丈夫，喜欢自己照顾孩子，想为当事人处理好家庭问题。我们从众多的案件当中发现，一个真正的家庭，平等很重要，一方对另一方，要换位思考。

[15:28:44]

[主持人]:

您怎样看待女性在成功路上付出的艰辛?

[15:29:15]

[嘉宾 宋鱼水]:

我今天提出一个口号，艰辛是一种快乐，如果你战胜困难，得到当事人夸赞的时候，你真的有收获感、有成就感，我在开会的时候，一个医生说如果救活一个病人，真的感觉幸福，他的付出是每天无论睡到几点，一有电话，就知道有病人需要。当成为一个职业规律的时候，除非你选择离开，否则是无法放弃工作的，你必须把它当做一种快乐传递给当事人，大的艰辛必会有大的收获。我们应该有接受艰辛的勇气，如果在这样的情况下，我们这一代人会有丰收的成果留给下一代人。

[15:31:39]

[主持人]:

您对广大的女性朋友有什么寄语?

[15:32:00]

[嘉宾 宋鱼水]:

爱我们自己，让我们成为最幸福的女性，同时爱我们的世界，让人类充满幸福。要考验自己，每个人都有弱点都有不足，都有自卑，有一些艰难痛苦的情况，如果在这样的情况下，你爱自己，也许你会把自己战胜，因为你战胜了才有幸福感。这其中包含了很多的道理在其中，爱自己不是要成为一个自私的人，爱的本身是奉献的，爱世界、爱每个人，在有人需要你帮助的时候，这才是你的价值体现，这样人才能充满美好，有困难的时候大家才能共同面对，我觉得爱与幸福吧。

[15:33:32]

[主持人]:

感谢宋院长的精彩回答。访谈先告一段落，下面回答网友问题。

[15:34:00]

[主持人]:

网友“天堂的尘埃”问，宋雨水法官参加了十八届三中全会吧，在电视上看到了，对这次会议有什么感受吗?

[15:35:19]

[嘉宾 宋鱼水]:

回答网友[天堂的尘埃]的问题:

宋雨水法官参加了十八届三中全会吧，在电视上看到了，对这次会议有什么感受吗?

这次会议我收获很大，一个是本身参会对我来讲我就感觉到很荣幸，也希望跟网友们分享，这次会议关系到国家的未来，也关系到每个人的未来，我能亲历是非常荣幸，也是一个非常大的使命感。在会上我听到了习主席的讲话，我听到了中央领导心灵的声音，我当时有这样的感言和记录，我们更多看到的是报告，我们跟党中央一条心，这种力量是非常非常巨大的，党的精神永远和人民的精神结合到一起。二是各位代表的发言，十八届三中全会的内容特别多，每个字都字如千斤，法官未来工作的期待的问题，各位代表都来自于各个行业、各个领域，他们的发言非常的踊跃，一个发言完毕，下一个就到后面排队，都希望把自己的建议带到会议当中，他们的发言不是代表个人去发言，他们都是工作有几十年的基础，同时非常真实、非常期待地去发言的。我感受很多，就先说这么多。

[15:37:58]

[主持人]:

网友“快乐的鱼儿”问，法院的女法官是不是越来越多了啊?我去过几次，遇到的办案法官都是女的，前阵看报道说法院人才流失严重，是不是男法官都出去做律师了啊?

[15:39:25]

[嘉宾 宋鱼水]:

回答网友[快乐的鱼儿]的问题:

法院的女法官是不是越来越多了啊?我去过几次，遇到的办案法官都是女的，前阵看报道说法院人才流失严重，是不是男法官都出去做律师了啊?

是的，法院的女法官越来越多，比例也越来越大，原因我觉得有几个方面：一是证明了女法官和男法官一样，能够抗扛起天平的正义，可以体现女性法律力量的蓬勃发展，可以与男性共同承担起司法建设的重任。二是法官待遇还是比较低的，法官的工作条件还是比较艰苦的，尤其是现在的年轻法官，面临的生活压力比较大，人才流失是一个正常又不正常的现象，坚守者确实不容易，所以特别期待男法官更有意志力，在这片司法事业的沃土中，男法官也是需要作出牺牲的，也期待社会关注这个问题。因为培养人才是非常不容易的，培养一个法官没有十年，

是很难培养成才的，从这样一个层面来讲，怎样留住人才是一个重要的问题。十八届三中全会提到了司法改革、法官职业化的改革问题等等，我相信在未来的法治建设当中，这些问题都会逐一的予以解决。

[15:42:28]

[主持人]:

网友“莺歌燕舞”问，女性在社会上找工作会遭遇很多难题，用人单位会因为女性结婚、生孩子而在录用时有诸多顾忌，法院存在这种情况吗？女性应该怎么保护自己的合法权益呢？

[15:43:25]

[嘉宾 宋鱼水]:

回答网友[莺歌燕舞]的问题:

女性在社会上找工作会遭遇很多难题，用人单位会因为女性结婚、生孩子而在录用时诸多顾忌，法院存在这种情况吗？女性应该怎么保护自己的合法权益呢？

就业难不仅仅是女性的问题，国家的经济建设依旧放在一个非常重要的位置，只有经济发展的越好，就业就可以得到更好的满足，这个问题就可以得到很好的化解，女性承担了生儿育女的任务，现在的家庭更重视孩子的优质培养，就意味着孩子培养的周期加大，比如产假，原来我可能只休三个月，但产假一般是六个月，至少一年半的时间，孩子至少还有三年的时间特别需要父母体力和时间的投入。在这个层面上，我一直在思考，保护女性权益一定要有国家的制度做保障，女性休产假有充足的人员补充的问题，工作非常繁忙，没有人员补充，如何增加一定幅度的编制，如何有计划的安排女性的权益保护，既保护女性的产假，同时也使工作不受影响，也使女性的工作权益得到保障。这是一个态度问题，也是一个机制保障问题。

[15:45:57]

[嘉宾 宋鱼水]:

要强调我们的精神状态，一个女性在单位做的工作非常好的情况，一般请假领导都会批准。如果有了一个比较好的形象，为其他女性的就业提供一个更好的视角，女性就是比男性有更好的风采。在机制建设上我们呼吁女性就业的保护，呼吁男女平等，要抓住实质和抓住问题，来解决问题来进行保护。

[15:46:31]

[主持人]:

网友“北极星”问，虽然近年来，妇女地位有所提高，但是随着职场压力的逐渐增大，婚姻家庭危机凸显，女性其实在职场和婚姻中都承受了比以往更加严峻的考验。不知道妇联有没有注意到这些问题，您自己怎么看待？

[15:47:20]

[嘉宾 宋鱼水]:

回答网友[北极星]的问题:

虽然近年来，妇女地位有所提高，但是随着职场压力的逐渐增大，婚姻家庭危机凸显，女性其实在职场和婚姻中都承受了比以往更加严峻的考验。不知道妇联有没有注意到这些问题，您自己怎么看待？

首先，妇联注意到了这个问题，而且在积极推动问题的解决，建议关心这样问题的女性，我建议每个女性都读一下妇代会的报告，我自己感觉要从几个方面来分析职场压力逐步增大的问题，我们要有一个心理素质去缓解，在会上我看到一些女性心理学家帮助女性来减压。作为一个职场来讲，天塌不下来，工作当中一旦有成功有收获的时候，压力会自然缓解。婚姻家庭的危急不一样，中国人是一个具有婚姻家庭传统文化的，大家不到万不得已的情况下，都不离婚。越勇敢的女性，越不容易有婚姻危急，现在的女性结婚的时候没有包办婚姻了，都是自由结合的，要从自身找原因。

[15:49:24]

[嘉宾 宋鱼水]:

关于男性的问题，针对男性我们要做一些重点的突破，我们怎么能团结起来，形成一个更大的力量，使男性愿意接受更传统、更有利于孩子的家庭观念。女性在优势的时候，对男性有巨大的吸引力，在劣势的时候，需要男士能更有担当。我们也可以做一些调研，为什么不能够坚持婚姻，有主观上的问题，也有客观上的问题，使我们更多女性生活在幸福的婚姻当中，家庭越和谐，女性的压力越少，20岁选择一生的婚姻家庭是一个非常难的选择。

[15:51:35]

[主持人]:

网友“非诚勿扰”说，我觉得在女性权益保护中还有两类特别严重的情况，一是家庭暴力，二是职场性骚扰，法院审理的这种案子多吗？遇到这种情况该如何维权呢？

[15:52:28]

[嘉宾 宋鱼水]:

回答网友[非诚勿扰]的问题:

我觉得在女性权益保护中还有两类特别严重的情况，一是家庭暴力，二是职场性骚扰，法院审理的这种案子多吗？遇到这种情况该如何维权呢？

我接触的案件，遇到一些家庭暴力的问题，法律的制裁是很重要的，你可以诉讼，可以维权，可以对男性的违法行为进行制裁，单独解决不了一个问题，这个家庭需要维持下去，当他在男性的成长当中，他就知道家庭暴力是不允许的，一旦发生的话后果是什么，触及刑法是要判刑的，如果早早的教育，预防机制很重要。职场的问题，涉及到企业问题，一个企业有一个基本的文化，包括每个岗位，他的基本文化当中，应该把正能量传达出来，重视对女性的尊重。加上个案的证据收集问题，以防证据的灭失。另外需要补充维权知识，如果不专业的情况下，可以请律师的，现在还有很多公益律师，作为法官来讲权利被侵犯的情况下，法官一定会做出裁判的。

[15:55:23]

[主持人]:

网友“团团圆圆”问，我有个问题想问一下，媒体的报道都说您是一位很成功的女性，不止是一个好法官，还有一个美满的家庭。您认为该如何维护家庭的和谐，仅靠道德的约束可以吗？家庭成员之间还要讲法律吗？

[15:57:19]

[嘉宾 宋鱼水]:

回答网友[团团圆圆]的问题:

我有个问题想问一下，媒体的报道都说您是一位很成功的女性，不止是一个好法官，还有一个美满的家庭。您认为该如何维护家庭的和谐，仅靠道德的约束可以吗？家庭成员之间还要讲法律吗？

道德很重要，家庭和谐如果两个人都是有修养有道德的人是很重要的，道德是心灵的基础，法律也很重要，讲法律的背后是讲平等讲尊重，是讲原则讲底线，所以我觉得大家都看过《简爱》这部电影，它追求经济基础的平等，不愿意做第三者，这不仅仅是道德的范畴也是法律的范畴，一个家庭既然有原则又有底线，才能够真正的得到和谐家庭的基石。比如两个人带孩子，又面临工作，又有家务，如果讲道德，这活一个人干了，两个人可以分工的更合理，把问题就可以解决的更协调一些。

[16:00:50]

[主持人]:

网友“悠悠小溪”问，妇联这个名字大家都听过，但在实际生活中几乎没有接触过，妇联到底做些什么事情啊？是不是空有名号但是没做实事啊？

[16:01:40]

[嘉宾 宋鱼水]:

回答网友[悠悠小溪]的问题:

妇联这个名字大家都听过，但在实际生活中几乎没有接触过，妇联到底做些什么事情啊？是不是空有名号但是没做实事啊？

我建议这位网友，到你们所在地最近的妇联，可以做一个调研，妇联的工作还挺忙碌的，看来妇联的工作职责范围还需要加大宣传，在这方面我一定会推动这件事情，把妇联的工作范畴，去推广一下，我还是建议大家看一下妇联的工作报告，报告当中都提到了，包括乳腺癌免费检查、帮助女性创业，大家可以点击妇联工作网站，就会出现很多内容。

[16:03:28]

[主持人]:

网友“小蚂蚁”问，关于女性，宋院长有没有喜欢的书或者影视作品啊？能给推荐一下吗？

[16:04:48]

[嘉宾 宋鱼水]:

回答网友[小蚂蚁]的问题:

关于女性，宋院长有没有喜欢的书或者影视作品啊？能给推荐一下吗？

如《罗马人的故事》、一个协和大夫写的书《只有医生知道》、旅游自传类图书、冯友兰的《哲学简史》、从心理学来说的《改变生活的心理学》、莫言的《丰乳肥臀》。电视剧有韩剧《女王的条件》、《李春天的春天》、《家有儿女》。先为大家推荐这些，另外希望大家多关注一下古代的传统文化，刚刚步入法院的年轻人可以看一下江平老师、王泽鉴老师的民法著作、还有《裁判的方法》、《批评官员的尺度》、《法官能为民主做什么》、卡多佐《司法过程的性质》、《法律之门》等等。

[16:06:38]

[嘉宾 宋鱼水]:

还有郑成思、刘春田、王利明、崔建远、韩世远老师的著作、王成老师的侵权法著作，推荐大家可以看一下中国民商法律网。

[16:07:47]

[主持人]:

网友“风雨兼程”问，妇联是否关注未成年人的保护呢？法院在这方面有什么可以做的吗？

[16:13:12]

[嘉宾 宋鱼水]:

回答网友[风雨兼程]的问题:

妇联是否关注未成年人的保护呢？法院在这方面有什么可以做的吗？

妇联十分关心未成年人的保护，很多法院成立了未成年人案件审判庭，我院对未成年人工作审判工作一向非常重视，多年来积累了非常丰富的经验，我院尚秀云法官撰写了一部《法官妈妈给父母的90个建议》，这本书也推荐给大家。我们还专门派出法官担任法制副校长，为中小学生普及法律知识，保护自身权益提供帮助。

[16:14:14]

[主持人]:

网友“郑敏杰”问，宋院长，你一般喜欢看什么电影？会在微博发帖吗？

[16:20:17]

[嘉宾 宋鱼水]:

回答网友[郑敏杰]的问题:

宋院长：你一般喜欢看什么电影？会在微博发帖吗？

我喜欢看哲理性和辩论方面的电影，但是有时间也喜欢看经典电影，如电影《暖春》、反映基层民警工作生活的《神探亨特张》、电视剧《潜伏》我都很喜欢看。由于工作特别忙，更多的精力主要在审判当中。

[16:21:08]

[主持人]:

感谢宋院长在百忙之中参加我们的访谈。现在都在说“中国梦”，问宋院长最后一个问题，您的中国梦是什么？

[16:22:08]

[嘉宾 宋鱼水]:

我的中国梦是作为一个法律工作者，特别希望为中华民族的伟大复兴贡献自己的力量，添砖加瓦，当然还希望我们每个司法人得到人民群众的认可，法官的工作获得人民群众的理解和支持。没有人民群众的支持，很难有司法的今天，希望我们用更多的共识来建设法治中国。

[16:27:52]

[主持人]:

感谢宋院长参加我们的直播访谈，祝您工作顺利，相信您无论在法官本职工作上，还是妇联副主席这个兼职工作上都会很操心，也希望您保重身体，为广大群众特别是广大妇女做更多的事情。

[16:28:59]

[主持人]:

今天访谈到这里，感谢人民网、法制网、中国法院网、正义网、千龙网、首都政法综治网，我们的直播就到这里。感谢杨德嘉、范静、薛瑾、陈旭云、谢伟辉。再见。

婚内夫妻一方可以向对方主张个人财产权

2013年11月21日 中国法院报 王振茂

【案情】

2009年赵某因道路交通事故受伤，经鉴定为八级伤残。赵某委托其配偶吴某作为代理人参与事故处理，获得各项赔偿款计56420元，该款存于吴某在某邮政储蓄所的存折上。2013年5月，赵某以吴某为被告起诉，请求法院判令吴某归还其占有的56420元。

【分歧】

本案在审理中，产生两种意见，一种意见认为赵某与吴某处于夫妻关系存续期间，从婚姻关系本质和有利于维护婚姻家庭关系稳定出发，赵某不得主张该财产的个人所有权。另一种意见认为，虽然赵某和吴某是夫妻关系，但其主张的财产是法律规定的属于个人所有的财产，该财产来源于其人身受到伤害后获得的赔偿，从有利于保护个人合法权益出发，应支持吴某的诉讼请求。

【评析】

笔者同意第二种意见，理由如下：

1.婚姻法有维护婚姻家庭和睦的本质，但并不因此导致对夫妻之间个体权利的否定，也不会对个人特有财产进行否定。纵观婚姻法修改和三次司法解释的出台背景和内容，可知，在维护婚姻关系和谐稳定的同时，对夫妻财产的保护以条文逐渐增多的方式在法律和司法解释中体现出来，这说明在维护婚姻家庭关系和谐稳定的同时，面临随着经济的发展，夫妻财产关系日趋复杂、财产日益多样丰厚的现实，法律也注重更好地规范夫妻财产关系，其中包括对夫妻个人财产的保护，二者并不矛盾。

2.婚姻法第十八条规定：“有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：……（二）一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用。”据此，赵某主张的财产系属于其一方特有的财产，而非夫妻共同财产。我国对

夫妻财产的规范以共同财产制为主，同时并存个人特有财产制，它是指夫妻在实行共同财产制的同时，依照法律规定或者双方约定，各自保留一定范围的财产为个人所有，独立享有对该项财产的占有、管理、使用、收益和处分权。个人特有财产可分为法定特有财产和约定特有财产，前者是指依照法律的规定夫妻婚后各自保留的个人财产，其范围由法律直接规定；后者则是指夫妻婚后约定分别保留的个人财产，其范围由当事人自己约定。赵某受伤获得的赔偿款，正是法律规定的婚内属于赵某个人特有的财产。

3. 婚姻法第十八条规定的“医疗费、残疾人生活补助费等费用”是与个人生命健康密切相关的财产，将其作为夫妻一方个人财产，是婚姻法充分保护公民个人财产所有权以及对财产权利合理行使的体现，是对个人价值的尊重。赵某的主张是基于其受到道路交通事故伤害而获得的赔款，该款属于其个人所有，理应由其支配，以实现其得到有效治疗及正常生活的目的。

因解决婚外情而支付的费用是否属于不当得利？

2013年11月29日 北大法律信息网 胡珍玉

【学科分类】民商法学

【出处】本网首发

【关键词】婚外情费用

【写作年份】2013年

【正文】

2008年底，原告李某与被告刘某之妻徐某相识，并发展为情人关系。2010年2月21日徐某提出分手。2010年2月26日，徐某约原告到宾馆开房间，后发信息叫被告带两个人过来。被告等人一进房间就对原告拳打脚踢，强迫原告掏出身上的1800元，并从银行卡上取出18000元交给被告。原告认为被告取得原告的19800元无法律依据，属于不当得利，故要求被告返还。

庭审时被告刘某相当气愤，称：收到原告19800元属实。因原告与其妻子徐某有不正当两性关系，导致其妻徐某怀孕流产花了七、八千元，这些钱是原告对其妻子的补偿，钱是原告自愿给的，不应当返还。

法院经审理后认为：不当得利是指没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的。本案中原告是与被告妻子存在不正当两性关系，在开房间时被被告当场捉到引发纠纷的情况下，为解决纠纷而自愿支付的费用，被告取得该款不属于不当得利，不应予以返还。如原告坚持认为该款系在被告等人殴打、强迫之下支付的，被告取得该款则涉嫌犯罪，也不属于不当得利，原告应当向公安机关报案处理，对此，法院已向原告释明，但原告仍坚持其诉讼主张。综上，无论原告付给被告的19800元是出于自愿或者被逼，被告取得该款均不构成不当得利，故法院判决驳回原告李某的诉讼请求。

团购“越南新娘”的刑事法律风险

2013年11月25日 人民法院报 刘砺兵

报载，“光棍节”前夕，某团购网站推出了免费送网友去越南“团购新娘”的脱光活动。这或许是商家的噱头，但也确实是广受关注的话题。从法律角度分析，“跨国觅偶”的前后环节中存在诸多风险。

提供“介绍”服务的机构及个人均可能构成非法经营罪

剥离“组团脱光”的宣传噱头，经营者从事的业务实际上就是一种变相的涉外婚姻介绍。国务院办公厅曾下发《关于加强涉外婚姻介绍管理的通知》，其中明确规定：严禁成立涉外婚姻介绍机构；国内婚姻介绍机构和其他任何单位都不得从事或变相从事涉外婚姻介绍业务。

根据我国刑法第二百二十五条的规定，违规从事该业务者有可能涉嫌构成非法经营罪。由于各地对此掌握尺度不同，对此，有关部门日前在对非法经营罪的调研中也提出了明确意见，建议将从事涉外婚姻介绍的行为明确界定为非法经营罪的一个特别类型，运用刑法对此进行规范和调节。若该建议被采纳、通过，将有利于统一对涉外婚介或变相婚介的法律评价。

“跨国”的各个环节及具体参与者均有可能构成妨害国（边）境管理罪

我国刑法专门设立了一节，规定了妨害国（边）境管理犯罪。由于我国执行相对严格的国（边）境管理制度，在异国“新娘”无法履行正常手续通关入境的情况下，经营者往往会用骗取、购买、伪造、变造、行贿办理的出入境证件或签证作为掩护，让相关人员从边境口岸蒙混过关。这个过程中可能涉及的违法行为主要包括三类情形：一是协助组织或者运送他人偷越国（边）境；二是为偷越国（边）境人员提供条件；三是参与偷越国（边）境。

用金钱换取或收买伴侣有可能构成侵犯人身权利犯罪，甚至触及国际公约所禁止的跨国人口贩运的“红线”

我国刑法规定了拐卖妇女、儿童罪，将以出卖为目的，有拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为规定为犯罪，并对若干具有严重情节的行为予以更为严厉的处罚。

由于接受安排、远嫁至异国他乡的女性往往不谙情况，需由所谓中介机构帮助办理手续并组织、运送，甚至需向不法分子缴纳相当多的金钱才能被安排入境，到达目的地后还需偿还所欠的运送债务。由于婚恋生活的特殊性以及客观存在的文化冲突，一旦两情不谐，异国嫁娘难免沦为被强制劳动的家庭佣工，处于被拘禁、被盘剥的地位。

为了加大对弱势群体的保护和对相关犯罪的惩处力度，针对当前出现的新情况，并与我国已加入的国际公约的要求相衔接，我国对于打击此类犯罪所进行的法律层面的努力有目共睹，在必要的范围内扩张了刑事法网，加大了打击力度。当然，这些法律修订在司法实践中具体的实施效果还有待于进一步的检验和考察。

“隐名购房”，小得益或有大风险 法官提醒：有无“隐名购房协议”是确定真实权利人的关键证据

2013年11月27日 上海法治报 翟珺

隐名购房，是指房屋的实际出资人借用他人名义购房，并以他人名义登记房屋产权的行为。在各地政府对房地产调控力度日益加强的背景下，“隐名购房”情况愈发常见。

近年来，因房屋价格上涨迅速，部分名义购房人否认隐名购房的事实而拒绝将房屋产权过户给实际出资人，或者直接将房屋出售给第三人。在决定“隐名购房”的同时，你是否已经做好了承担风险的准备？杨浦区法院梳理所审理的该类案件提醒，“隐名购房”的风险不可小视。

妹妹用姐姐名义购房
惹来前姐夫觊觎房产

2003年12月，吉燕燕与相识两年的男友林华登记结婚，吉燕燕的父亲早年创业累积下不少资本，在苏州拥有自己的企业，吉燕燕就在家族企业上班，而林华与燕燕结婚时只是苏州某发电厂的工人。

2005年，吉燕燕的妹妹吉宁宁想要在上海购买一套商住两用房，一来可以作为家族企业在上海的办公用房，二来也满足了自己在上海的居住需求。吉燕燕与林华得知吉宁宁的购房计划后，也热情地陪同看房。不久，吉宁宁便看中了杨浦区某小区的房子，总价为70余万元，但当她准备向银行申请贷款时，却被告知由于她名下已经有多处房产，根据当下的购房政策，很难再申请到按揭贷款。吉宁宁便与姐姐商量是否能借吉燕燕名义购买这套房子，首付款及之后的按揭还款都由吉宁宁来支付。

考虑到自己只是挂名购房，购房款由妹妹出，自己也不会有什么损失，吉燕燕便答应了妹妹“隐名购房”的提议。与开发商签订购房合同后，吉宁宁立马通过自己的账户向开发商支付首付款20余万元。随后，相关的购房按揭贷款手续也办理得相当顺利，一个星期后，剩余房款54万元也支付给了开发商。此后，吉宁宁每月向吉燕燕账户打入5000元，用以归还银行的按揭贷款。

2006年7月，吉燕燕和林华因感情不合协议离婚，离婚协议对夫妻共同财产作了分割，同时约定，如果任何一方隐瞒财产，另一方发现后，有权取得对方隐瞒财产的全部份额，并追究其法律责任。

吉燕燕怎么都没想到，离婚几年后，前夫居然利用离婚协议打起了这套并不属于自己房子的主意，还将自己告上了法庭。2011年，林华以吉燕燕隐瞒在夫妻关系存续期间购买房产为由起诉至杨浦法院，要求按照离婚协议的约定确认房屋归自己所有。

收到法院传票，吉燕燕一下子懵了。“这个房子的所有权是我妹妹的，还贷结束，房子是要过户还给妹妹的，我一直是这么想的，而且林华也知道这个情况，所以离婚的时候根本没有想到要把这套房子写进离婚协议书里面。”

开庭时，吉燕燕一再强调自己不是这套房子的所有权人，“我从来没有享受过房屋的使用权，只是名义上的登记人。在购买这套房子的时候，林华都是陪同一起去的，他明知这套房子不是我的，我对他根本没有任何隐瞒。”但是，林华却一再宣称自己并不知道吉燕燕名下曾有过这样一套房产，也从没有陪同去交易中心办理过户，直到起诉前的一两个月，在整理材料的时候发现一份以吉燕燕为名义的贷款确认书，去房管局查询才知晓前妻名下居然有这样一套房产。

万幸的是，由于首付款及每月还款都是出自吉宁宁账户，转账凭证保存得很好，加上房子实际上也是吉宁宁一直在居住，吉燕燕的说法形成了较完备的证据链，相反林华的说法没有任何证据辅证，因此林华的诉请最终并未得到法院的支持。

尽管林华的如意算盘没有打成，但一番折腾也着实耗费了吉燕燕相当大的精力，而吉宁宁回想整件事情更是觉得后怕，“要是钱款都是现金支付，没有留下证据的话，我百口莫辩啊，房子说不定就要落到别人手里了。”

隐名购买房产升值
哥哥竟欲占为己有

梁坚与梁实是亲兄弟，1990年，弟弟梁实从中国赴澳大利亚留学，后来凭借自己的努力在澳大利亚定居并于1998年取得了澳大利亚国籍，哥哥梁坚则一直随父母生活在上海。

1996年，梁实考虑到自己以后终归要回上海居住，打算在上海购置一套房产。随后，他便抓紧时间回国选房、看房，不久就选定了一套位于杨浦区的房屋。但此时的梁实由于已经定居澳大利亚，而且正在申请加入澳大利亚国籍，根据当时国内内、外销房政策的规定，他没办法以自己的名义购房。

梁实立马想到了一个办法，就是借用哥哥梁坚的名义购买这套房子，自己则出房款做“隐名购房人”。这个想法很快得到了梁坚的同意。梁实做事向来谨慎，为了避免日后关于房产的权属说不清，梁实要求与梁坚签订协议

书，约定：“梁实出资购买兰州路某弄某室房屋，由于梁实持澳洲护照，无法以其名义购买该房，所以决定由梁坚出名，梁实出资购买该房。房产归梁实所有，梁坚不可随意处分房产……”

双方签订协议后，梁实便返回澳大利亚，并将上海买房的事宜全权托付给了梁坚。梁坚出面与开发商签订了《内销商品房预售合同》，购房款 30 余万元均由梁实从澳大利亚汇到国内。由于购买的是期房，直到 2005 年 5 月，梁坚才以自己名义与开发商签订正式的销售合同，并向房地产交易中心递交了房地产登记申请书。同年 8 月，梁坚取得了权利人登记为自己的房地产权证。

几年后，随着上海市内、外销房销售政策的并轨，梁实取得国内房产所有权已经不受限制，于是他与梁坚商量让其配合将房产过户登记到自己名下，然而梁坚给出的回答却是：“不同意过户，房子是我的。”

这对梁实来说无疑当头一棒。由于上海房产升值很快，当时 30 余万元购买的房子现在已经升值到 200 余万元，面对巨大利益诱惑的梁坚萌生了将房产据为己有的想法。

梁实无奈只能起诉至杨浦法院要求确认他对房产的所有权。而梁坚却辩称自己才是房产的所有权人，所有购房手续上的签字均是自己的名字，购房款也是自己的积蓄加上向朋友借款凑起来的，而且房产证上显示自己才是所有权人，所以不同意将房产过户给梁实。

“购房钱款都是我在澳洲打工的收入一点点汇给他的，我那么相信他，真是没想到他居然想要把房子占为己有。”梁实对哥哥的行为颇为痛心与气愤。

经法院查明，梁坚陈述全部购房款出自他的积蓄及向朋友的借款，但无法提供任何证据来证明。相反，梁实提供了当时双方就购房事宜签订的协议书，协议书就梁实出资、借用梁坚名义购房做了明确约定。并且，在梁坚的另案居间合同纠纷处理过程中，曾承认房产确是弟弟所有，加上两人母亲对购房过程的陈述，结合房屋购房合同、发票及产权证等材料原件均在梁实处、系争房屋亦由梁实家人及父母居住至今的事实，法院最终确认了梁实为房产的真实权利人。

“隐名购房”引发的这场亲兄弟反目，最终发展成对簿公堂的官司，令人唏嘘不已。

（文中人名均为化名）

法官提醒

“隐名购房”风险大 一旦被出售或将无望要回

“隐名购房”现象常发生在家庭成员之间，实际出资人通常受限购令、经济适用房等政策的影响，因为国籍、户籍等障碍不具有购房资格；或因动拆迁利益等原因而选择借用他人名义购房。此外，在单位与职工之间、朋友熟人之间也会发生“隐名购房”，多是为了套取贷款、简便交易手续、避税等原因。

家庭成员之间往往出于“自家人”的相互信任，很少会对“隐名购房”的事实及房屋实际产权的归属签订书面协议，但隐名购房协议的有无恰恰是认定真实权利人的关键证据。如果房屋的实际出资人能够举证证明他和名义产权人之间存在合法有效的隐名购房协议，且在不涉及第三人利益的前提下，本着对双方合意的尊重，以及对真实权利状况的保护，一般可以确认争议房屋为实际出资人所有。

还有一种更复杂的情况，那就是名义产权人擅自将房屋出售给第三人。这时就会出现实际出资人要求第三人返还房屋和第三人主张合同有效、保有房屋权利的对抗。

名义产权人在明知自己不是房屋实际权利人的情况下，对房屋进行处分的行为并不能当然否定第三人对房屋权利的取得。因为，即使在实际出资人与名义产权人之间签订有内部隐名购房协议，这种内部协议一般不为他人所知晓，因此，当实际出资人与名义产权人的纠纷涉及第三人时，隐名购房协议不具有外部对抗效力，除非能够证明第三人对两者之间的内部协议知情。根据《物权法》第 106 条“善意取得”制度的理念，第三人在满足“受让时善意”、“以合理的价格转让”、“依法进行登记或交付”的条件时，是可以取得该房产的所有权的。

夫妻离婚时共有股权分割探析

2013 年 11 月 27 日 中国法院报 龚超 魏少永

随着经济社会的发展，夫妻一方或双方投资经营公司业务的情况较为普遍。随之而来的是，在进行离婚分割时，需要对以一方或双方名义持有的公司股权进行分割，而分割涉及股权转让。由于股份有限公司的股权转让是在证券市场进行，流通性强，易于操作；而离婚中有限责任公司股权转让，则需要适用婚姻法和公司法的相关规定。目前，人民法院处理此类问题的法律依据是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十六条的规定，该规定明确了在夫妻双方协商一致情况下对出资额（公司法修订后称作股权）的处理办法，但对夫妻不能协商一致的情况没有规定相应处理方法，从而造成处理此类案件时的法律适用缺失。

夫妻共有股权分割的

实质是股权转让

夫妻在离婚时对共有股权的分割，除在双方协商持股一方继续持股、向另一方支付相应的对价等例外情况下，必然导致有限公司的股东数量上的变化或股东持股份额上的变化。无论公司其他股东购买持股股东的股权，或者是未持股方以协商调解或判决获得一定比例的股权成为公司股东，均为原股东的全部股权或部分股权向他人转让

的行为。因此，离婚夫妻对夫妻共有股权的分割，实质上是股权转让。既然是股权转让，就必然要求在处理夫妻共有股权时，应适用公司法关于股权转让的一般规定。

共有股权分割

1. 未持股一方并不能因获得一定比例的股权而成为公司的股东 首先，股权是独立于物权、债权的一种特殊民事权利。从股东对公司财产享有最终处置权和所有权来看，股权包含物权的因素；从股东对公司享有经营收益分配权来看，股权包含了债权的因素；从股东对公司享有共益权来看，股权包含了社员权的因素。因此，股权中综合了物权、债权和人身权等内容，应当是一种独立的民事权利。我国侵权责任法在列举民事权益的范围时，也肯定了股权是一种独立的民事权利。因此，对夫妻共有股权按一定比例在夫妻之间进行分配，还应当遵循公司法关于有限责任公司股权转让的相关规定，未持股方并不能因获得一定比例的股权而自然成为公司的股东。

其次，与股份有限公司相比，有限责任公司具有更强的人合性。我国公司法的规定也体现了有限公司的人合性特征，如对股权转让的限制条款，一方面保护股东有自由退股的权利，另一方面又对股东退股规定了一定的限制条件，其目的就是保护有限责任公司的人合性。夫妻共有股权的分割，可能会导致持股一方的退出或未持股一方的加入、或者股东之间持股比例的变化，这是有限责任公司人合性不愿见到的。因此夫妻共有股权的分割应当遵守公司法关于股权对外转让的一般规定：股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意；经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权；公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

2. 夫妻一方在有限公司持股分割的具体操作 我国公司法在规定有限责任公司股权转让的一般规则时，充分尊重当事人意思自治，因此，在对夫妻共有股权进行分割时，法官首先要对有限公司的章程进行审查和对其他股东进行调查。如果公司章程另有约定，则应按约定处理。例如公司章程规定不得向股东以外的人转让股权，则该约定直接对抗未持股一方当事人。未持股一方当事人不得对此条款提出抗辩，而只能就股权的价值进行分割。在公司章程对股权转让未作特别约定的情况下，应遵循公司法关于股权对外转让的一般规定。首先由当事人进行协商，内容应包括转让的份额和价格等。在双方能够协商一致的情况下，按照规定和约定进行处理；在双方不能协商一致的情况下，法院可以根据股权的数量，将其按一定比例在夫妻之间进行分配。

夫妻共有股权分割的

强制执行问题

法院对夫妻关于有限责任公司股权分配的判决生效后，如果双方就股权价值协商不能取得一致，或者原来的未持股方与其他股东不能协商一致而成为公司股东，就有可能申请法院强制执行。而此类执行案件主要有对股权价值的分配和对股权完整取得的执行两种情况，由于前述原因，对股权价值分割的执行在此类案件中占多数。

对股权价值分配执行的难点在于股权价值的确定。公司股权的价值具有浮动性和不确定性，有良好业绩的公司，其股权价值在不断增长；反之，公司股权价值会不断贬缩。因此，执行时应按照股权的现实价值进行分割。在双方当事人对股权的价值协商不成时，应委托有证券从业资格的评估机构对股权价值进行评估，但需要向评估机构提供公司财务账簿及其他财务凭证，因此，需调取公司账簿及其财务凭证。如果公司及其他股东不同意调取，法院则可向工商部门调取该公司的年度审计报告，向税务部门调取年度纳税情况。具体评估时，评估机构可考虑各种因素，均衡保护离婚双方当事人、公司及其他股东的利益。

对股权完整取得的执行，主要是股东资格的取得及其变更程序。由于有限责任公司的人合性及相关法律规定，这类案件并不常见，但也存在。一个完整股权的取得，应当符合股权取得的实质要件和形式要件，二者必须同时具备。夫妻离婚分割共有股权时，人民法院将持股方全部或部分股权依法判决给未持股方，是对未持股方获得股权的一种确认，未持股方取得股权是合法的，已具备了股权取得的实质要件。形式要件是股东取得股东权利的外在表现形式。主要表现在股东在公司章程、股东名册上的记载及工商部门的登记，其作用在于对内确定股东的权利、义务，对外具有公示效力和对抗效力。因此，在未持股方据人民法院生效判决获得股权后，如果公司及其他股东积极配合未持股方，修改公司章程、将未持股方记载股东名册并到工商部门办理变更登记，那么未持股方即获得完整的股权。否则，未持股方可依生效判决，向人民法院申请强制执行。人民法院的强制执行，实际上就是以国家公权力帮助申请人将取得的股权符合公司法要求的形式要件。执行时，应确定持股方为被执行人，公司及公司股东均为有义务协助人民法院执行的人；案件的执行标的为行为；公司及其他股东拒不协助人民法院执行的，人民法院应对公司及其他股东采取强制措施。

因离婚产生的知识产权期待利益的分割

2013年11月27日 中国法院报 赵克

王某是一位网络小说作家，与马某2004年登记结婚。2005年，王某创作了两部小说均未被采用。在王某无收入的情况下，马某一直供养夫妻二人生活。2006年，王某与马某协议离婚并对夫妻财产进行了分割。2007年，王某2005年创作的两部作品均发表并获稿费3万元。马某向法院提起诉讼，要求对王某的3万元稿费平均分割。

[分歧]

本案在处理过程中，有三种意见：第一种意见认为该收益应归王某所有，理由是知识产权具有人身权属性，知识产权的预期利益因此具有专属性。第二种意见认为，该收益应该在王某和马某之间平均分割，理由是知识产

权的收益是否为夫妻共同财产，取决于该知识产权是否在婚姻关系存续期间取得。第三种意见认为在坚持“个人财产说下的补偿论”，即确认该知识产权期待利益归属于知识产权权利人所有的基础上，必须合理补偿夫妻另一方的家务劳动贡献和丧失职业发展机会的损失。

[评析]

笔者同意第三种意见，理由为：

1.知识产权期待利益归夫妻共有缺乏法律依据 其一，从《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第十二条“知识产权的收益，是指婚姻关系存续期间，实际取得或者已经明确可以取得的财产性收益”的规定来看，并未把知识产权期待利益纳入可分割范围。其二，从知识产权的特性来看，将婚内所得知识产权的期待利益认定为夫妻共同财产，违背了知识产权的一般原理。此外，将知识产权中的财产权认定为夫妻共有，则有将财产权强制附加人身权的嫌疑，这种强制性显然与知识产权的人身专属性相背离。

2.将离婚时知识产权期待利益作为个人财产，不对夫妻另一方进行补偿有失公平 配偶一方在婚姻存续期间以家务劳动、夫妻共同财产协助另一方配偶取得知识产权，而在离婚时却由取得知识产权权利人独享期待利益是不公平的。并且，由知识产权的人身权属性并不能推出知识产权预期利益的专有性。知识产权的人身性和财产性在某些情况下是可以分离的，将婚内知识产权所生的利益归为夫妻共同财产的范围，乃是婚后所得共同制的立法精神所决定的，而不是由知识产权的人身权属性和专有性所决定的。

3.本案中，王某应合理补偿马某的家务劳动价值 对知识产权期待利益的裁判不能背离目前的法律规定。在确定期待利益属于知识产权权利人的前提下，从公平原则出发，知识产权权利人应对夫妻另一方进行合理补偿，补偿的依据为家务劳动价值。这种补偿是一种财产利益。因此，非创造方提起补偿的期间适用诉讼时效期间。根据我国民法通则的规定，诉讼时效从权利人知道或应当知道权利被侵害时起算2年。诉讼时效完成后，其权利本身仍存在，仅诉权归于消灭。针对离婚时知识产权期待利益的补偿请求权而言，知道或应当知道的起算点界定为离婚之日较为适宜。

4.知识产权权利人补偿家务劳动贡献方的数额计算 家务劳动的补偿数额和知识产品非创造方提供家务劳动的性质有关，和夫妻婚姻持续时间有关，需要法院综合予以认定。如果知识产权创造方与家务劳动贡献方的婚姻存续期间较长，离婚时分割夫妻共同财产足以实现补偿家务劳动价值的，则不应在离婚时对贡献方再予以经济补偿；否则，则知识产权创造方在离婚时应当从分割共同财产后的个人财产中对贡献方予以经济补偿；如果知识产权创造方尚未取得现实的经济收入，没有财产补偿的，可以在离婚后分期补偿。这样，既实事求是地承认了贡献方从事家务劳动的价值，又考虑了知识产权创造方自身的不同实际情况。同时，补偿数额的多少和知识产权本身的价值没有必然联系，但是补偿额度最高不能超过知识产权本身的价值。

韦光盛，李慈文：弄虚作假骗取《结婚证》的婚姻纠纷应定离婚

2013年11月27日 中国民商法律网 韦光盛 李慈文

【案情】

2004年7月2日，广西天峨县某村时年18周岁的壮族女青年阿媚以其表姐阿霓的名义与广东籍男子汤某登记结婚。2005年生一男孩。2009年7月，阿媚离家出走，并于2013年5月8日诉至法院，要求确认其与汤某的婚姻关系无效。

【分歧】

本案在审理过程中，对该案案由的确定存在四种不同意见：

第一种意见认为，该案应定为婚姻无效纠纷。理由是阿媚在与汤某办理结婚登记时年仅18周岁，未达到法定婚龄，根据《婚姻法》第十条第（四）项的规定，属无效婚姻。

第二种意见认为，该案应定为解除非法同居关系纠纷。理由是阿媚在与汤某办理结婚登记时未达到法定婚龄，且两人实施了弄虚作假的欺骗行为取得结婚登记，其同居行为不受法律保护，应解除其非法同居关系。

第三种意见认为，该案应定为撤销婚姻纠纷。理由是阿媚在与汤某办理结婚登记时未达到法定婚龄，是以弄虚作假的手段取得结婚登记，其形式要件和实质要件均不合法，人民法院应予撤销。

第四种意见认为，虽然阿媚申请宣告婚姻无效，并要求解除非法同居关系，但该案既不是婚姻无效纠纷，也不是解除非法同居关系纠纷，应定为离婚纠纷。

【评析】

笔者同意第四种意见，理由如下：

一、《中华人民共和国婚姻法》第十条第二款规定，未到法定婚龄结婚的婚姻无效。本案中阿媚在办理结婚登记时年方18岁，未达到法定婚龄，但其在起诉时已经27岁，无效婚姻的情形已经消失，不能以无效婚姻处理。

二、婚姻法第十一条规定，因胁迫结婚，受胁迫方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。该案中并不存在因胁迫结婚的情形，因此，阿媚不能行使撤销权。

三、1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施后，未办理结婚登记而以夫妻名义共同生活的男女，未补办结婚登记的，按解除同居关系处理。本案中阿媚于2004年7月2日与汤某办理结婚登记，虽是弄虚作假取得，但并非“未办理结婚登记而以夫妻名义共同生活”。因此，该案不能以解除非法同居关系立案。

四、最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》规定：“凡属下列情形之一的，视为夫妻感情确已破裂。”其中第4条内容就是“一方欺骗对方，或者在结婚登记时弄虚作假，骗取《结婚证》的。”阿媚与汤某以弄虚作假的手段骗取结婚登记证，是认定夫妻感情确已破裂的标准之一，而不是认定婚姻无效或可撤销的标准。

五、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第三十五条规定：“诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的……人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”人民法院可以根据当事人的诉讼请求来确定案件的最初案由，但应当根据查证的案件事实确定案件的最终案由。阿媚在诉状中要求宣布婚姻无效和解除非法同居关系，人民法院查证不属婚姻无效和解除非法同居关系情形的，应告知阿媚可以将自己的诉讼请求变更为与汤某离婚。

综上所述，该案由宜定为离婚纠纷，法院按离婚案件进行处理较为适宜。

十一、检察官视点

应保护离婚妇女土地承包经营权

2013年10月26日 检察日报 赵荣 张攀峰

吕某离婚后，其承包的土地被前夫张某侵占。吕某诉至法院要求前夫返还，前夫以该土地被村组收回后由现任妻子承包为由拒不返还。河南省三门峡市中级人民法院近日对该起案件作出终审判决，张某应归还吕某土地及土地收益款。

2000年初，吕某和张某经人介绍相识后结婚。2001年男方村里为吕某分了承包土地0.86亩。2002年夫妻两人生育一女孩。2005年5月，二人因家庭纠纷发生矛盾后离异，但吕某的户籍一直在该村。因吕某所分得的土地一直由张某耕种，吕某多次要求张某归还土地及土地收益款，均被拒绝。

吕某无奈诉至三门峡市陕县法院。法院判决要求张某返还诉争土地及土地收益款。

张某不服提起上诉，并提交村里证明一份，证明该土地已由现任妻子袁某承包，不应返还吕某。对此，二审法院审查证据发现，张某提供的村里出具的证明违反法律规定，因为吕某虽与张某离异，但户口仍然在该村。根据农村土地承包法第30条规定：“妇女离婚或者丧偶，仍在原居住地生活或者不在原居住地生活但在新居住地未取得承包地的，发包方不得收回其原承包地。”因此，在承包期限内，村里没有权利收回吕某承包的土地，据此，二审法院维持原判，要求张某依法返还吕某土地及土地收益款。至于现任妻子袁某，村里应按新增人口为其分配土地。

十三、律师视点

《理财师》杂志采访：从土豪金到贵族绿

2013年7月 《理财师》杂志 王占国

外来的和尚

6月底，有媒体和玖龙纸业董事长张茵开了个“玩笑”，声称这位56岁的女富豪已经离婚了，此事后来被证明子虚乌有，但受此影响，张茵的海外家族信托被推上前台。

据悉，张茵和丈夫刘名中设立了三只家族信托——The Zhang Family Trust（张氏家族信托）、The Liu Family Trust（刘氏家族信托）、The golden Nest Trust（金巢信托），信托的受托人为泽西岛上的法巴信托公司。这三只家族信托分别通过三家在海外注册的公司持有玖龙纸业大股东 Best Result 的股权，以此达到控股玖龙纸业的目的。同时，张氏家族信托为不可撤销信托，具有锁定企业股权的功能，也就是说，即使张茵发生婚变，分割财产也影响不到公司正常运营。

在中国内地，像张茵这样去境外设立家族信托的企业家并不罕见，包括 SOHU 中国实际控制人潘石屹夫妇、雅居乐大股东陈氏兄弟、龙湖地产董事长吴亚军等，都是通过设立家族信托来控制公司股权、防范家庭纠纷或达到其他特殊目的。

从目前来看，中国企业家还较少运用家族信托进行财富传承，事实上，财富传承不但是家族信托的“杀手锏”，更是欧美富豪设立家族信托的主要目的。

以美国洛克菲勒家族为例，因为担心后代的成熟程度和经验，该家族设立了家族信托财产，并严格限定：任何一个受益人在30岁之前只能获得分红收益，不能动用本金；30岁之后可以动用本金，但要信托委员会同意。得益于良好的财富传承方式，洛克菲勒家族已经繁盛六代，今天依旧续写着财富传奇。

其实，这种需求正在中国积聚。目前，中国富一代正在进入密集交班期，如何把财富传给下一代，正是他们必须考虑的问题。招行与贝恩公司发布的《2013中国私人财富报告》显示，在中国，约有三分之一的高净值人士已经开始考虑财富传承，而这一比例在超高净值人士中更高，接近二分之一。

这些人对家族信托也颇有兴趣。上述报告指出，从高净值人士产品需求角度看，家族信托位于首位，提及率接近 40%。在超高净值人群中，家族信托的需求更加旺盛，提及率超过 50%，并且有超过 15%的受访超高净值人士已经开始尝试接触家族信托。

种种迹象表明，对于家族信托业务，中国是一个值得挖掘的市场。于是，一些嗅觉灵敏的境外机构已经把目光聚焦在这里。达蒙集团是较早的布局者，这家全球最大的独立信托机构已在中国设立了八个办事处。“我们公司的宗旨是，中国市场是一个长期市场，只要中国市场给我们机会，我们一定要在这里发展和壮大。”达蒙集团香港董事总经理 Nigel Rivers 接受《理财师》采访时表示，他们正努力对中国高净值人士进行客户教育。叫好不叫座

境外信托机构在中国市场步步深入，令境内金融机构蠢蠢欲动。

“境外信托机构存在一个问题：根据现在的认定，它们不能成为中国的信托营业主体，这就意味着它们只能解决中国客户的境外资产，而解决不了中国客户的境内资产。”北京市中凯律师事务所继承部主任陈凯对《理财师》说。Nigel Rivers 也承认这一点，“限于中国的法律问题，达蒙集团只为中国客户在境外的资产提供受托人服务。”这无疑给中国发展家族信托留下了空间，但多年来迟迟没有突破点。

直到 2012 年底，平安信托才发售出中国第一款家族信托，产品总额度为 5000 万元，合同期为 50 年，客户是一位 40 多岁的企业家。根据约定，信托委托人将与平安信托共同管理这笔资产。委托人可通过指定继承人为受益人的方式来实现财产继承，收益分配方案根据委托人的要求来执行。

私人银行也开始发力。今年 7 月，招商银行宣布国内首单财富传承家族信托正式签约。招行这一信托计划为单一定制信托，资产门槛也是 5000 万，期限为 30-50 年（跨代），为不可撤销的信托，具备法律保障使其跟客户的其他资产之间建立起防火墙，招行在其中承担财务顾问与托管角色。招行表示，该行家族信托受托的资产主要是金融资产、部分股权和房地产。但是这两款产品却是叫好不叫座。据悉，半年来，平安信托还没有敲定第二单家族信托业务；招行私人银行至今签约的家族信托客户也只有十个而已。

同时，业内对它们的评价也褒贬不一。“创新步子还是太小，感觉就像站在岸边点了一下水，没能一个‘扑通’跳下水去。”陈凯认为，这两款产品仍然局限在信托的金融功能，家族信托的财富传承、财务管理、集中股权等特性都没有体现出来。陈凯说，设立家族信托需要两个核心支持，缺一不可：一是需要信托公司参与，利用其信托制度和资产管理能力，二是需要律师事务所参与，满足家族信托事务的详细执行。“银行设立家族信托这种模式还有待观察，因为银行只有营销的优势，在实际操作过程中，银行仍然需要和信托公司、律师事务所合作。”

关于家族信托的收费标准，一位信托公司老总向《理财师》表示，现在的市场仅仅是探索阶段，没有一个成熟的产品，收费标准还需要在实践中探讨。但不管采用何种收费模式，都脱离不了五方利益——客户利益（谁提供的客户）、资产管理利益（信托公司、私人银行或其他机构）、信托事务服务利益（律师事务所）、信托制度利益（信托公司）、资金托管利益（银行），最后就看这些利益如何平衡。

缺口的链条

没有成熟的操作模式、没有成熟的产品、没有成熟的收费标准，在中国刚刚发展起步的家族信托面临重重困境，但最大的困境还是法律困境。

假如一位客户将房产作为财产设立家族信托，就需要把房产过户给信托公司，但是拿着信托合同到房产局，房产局不给过户；硬要过户的话，只能按房产交易办理，就会产生交易费用，导致成本增加。

“过户的目的不是为了交易，只是更改名字而已，不应该收税的，但是我国没有信托财产登记制度和信托税收制度，以至于给不给过户、征不征税，法律上没有明确，所以需要建立这样的配套制度。”锦天城律师事务所高级合伙人李宪明对《理财师》说。

假如另一位客户将 5000 万元给信托公司设立家族信托，当客户用这 5000 万元信托资产购买其它股权的时候，所登记的就是信托公司的名称，从表面上看，这变成了信托公司的固有资产。“在理论上，如果信托公司负债，债权人来追索的话，可能会把信托财产冻结。这里也会有争议，因为我国没有财产公示制度。”李宪明说。

既然法律上缺乏配套制度，那么平安信托和招行成立的家族信托会不会有风险？一般认为，家族信托属于他益信托，虽然我国《信托法》提及了他益信托，但并无详细规定，因此在操作时，只能由律师根据此前已发生的司法诉讼裁决案例做解释。“但是有一个问题，中国内地属于大陆法系，主要看法条，以往判例只有参考的意义，不具有决定性作用。至于能否推动法律给一个支持，我们还需拭目以待。”应用比较法和信托专家、法学教授曾文生接受《理财师》采访时说。

鉴于一些法律困境，业内有人呼吁尽快修改《信托法》，但接受《理财师》采访的多名律师均表示现阶段无需修改《信托法》，建立起相关配套制度更为迫切，其它法律细节可在实践中逐步完善。

台北赖芳玉律师博文：《婚姻契约跳票》

2013 年 10 月 29 日 tinalaw.lai 的博客 赖芳玉

由於性別主流化政策，我常到一些機構單位倡導性別議題，這真是個累活兒，台下的聽眾多是為了敷衍課程，不見得認同這議題，簡言之，性別平等這件事對他們而言，似乎過於遙遠，做不了活，也當不了飯吃。

一日，在某學校結束講座後，我慢慢收拾一些演講資料，一些女性朋友走過來鼓勵：「賴律師，妳講得真好，我很感動，希望妳加油。」我總會微笑表達謝意，心想：「是吧，女性總是這麼溫暖，不吝於付出關懷。」不過有位年輕女老師站在旁邊等到所有人離開後靦腆地詢問私人問題。說真的，我累得想遞張名片就離開，但她疲憊而悲傷的眼神，還是留住了我。

嫁進夫家搬不出來

「我剛結婚一年，夫家家境雖然很好，但我沒想到婚後生活竟然是完全沒有自己。老公非常節省，結婚第一天，我想洗澡找不到毛巾，問我老公毛巾在哪裡，老公竟翻出又舊又黃的大毛巾，問我需要幾條？我說只要一條小毛巾啊，他就拿剪刀把大毛巾剪了好幾條，然後拿給我，我覺得不可思議，但還是忍下來了。之後婆婆要我料理三餐，清洗全家衣服，這是大家庭，小叔和小姑也同住，不是我不願意做，而是我的工作已經很忙了，我真的負荷不來，我拜託老公幫忙，婆婆就很生氣，之後我跟老公提出搬出去另組小家庭，老公和我大吵一架……」她哽咽的說。

我很訝異，沒想到現代女性當了職業婦女後，並沒有因此改變她原來家務工作量，反而多了職業的負擔；我心想她是一位老師，應該有機會吸收關於兩性法律知識，便問：「你們婚前沒有約定夫妻共同住居所地嗎？」她苦笑著說：「律師，我們簽了婚姻契約了，他答應在結婚後就搬出去住啊，也允諾負擔家用。但他違反承諾，我拿他有什麼辦法？」我試著解釋婚姻契約的法律程序。但她說為了維持婚姻，她不敢多說。

我嘆了口氣，法律看似保障女性，但倘如社會對於女性仍繼續停留在傳統刻板印象，法律又能如何？誰說性別平等議題離我們很遙遠？《愛情臉書 賴芳玉》

从老外犯重婚罪说起

2013年11月04日 上海法治报 蔡绍辉

近日媒体报道了一则罕见的案例：英国人在华重婚遭英国妻子追来广州告发后获刑。

报道称，广州市越秀区法院近日公开宣判了第一起英国人重婚案件。一名英国男子杰里（化名）在广州和中国生意伙伴阿婷（化名）以夫妻名义同居，并育有两个孩子。但杰里20年前就在英国结婚，和其妻子玛丽（化名）育有四个孩子。杰里被判拘役五个月，缓刑六个月。阿婷则被判拘役四个月，缓刑五个月。

在法庭上杰里表示，他确实真爱阿婷，原以为在中国没有登记结婚就没有触犯法律。

每段感情的背后都有着不一样的故事，这桩重婚案之所以引起媒体的注意，一是因为杰里是现实中存在的众多涉外重婚关系中第一位被追究刑责的老外；二是因为杰里认为自己并未在中国登记结婚，与自己的中国籍爱人并不犯法；三是因为杰里对媒体表示自己另组家庭是出于真爱、富有责任感。

一个抛家弃子、另寻新欢的人能不能谈真爱、是不是富有责任感，这个问题自然是仁者见仁、智者见智。

但从法律角度说，杰里虽未与其中国籍爱人登记结婚，两人却举办了婚宴并以夫妻名义同居生活，其中国籍爱人明知杰里有配偶而与之以夫妻名义同居生活，两人行为均已构成重婚罪无疑。

重婚罪一般来说是自诉案件，但也可以转化为公诉案件，因此，报道中提到杰里的妻子报案后曾想撤回报案，但遭到了拒绝。

杰里与其中国籍爱人的犯罪，不知是心存侥幸还是确属不懂法所致。笔者经常接到法律意识较强的当事人咨询：外国人在国内登记结婚时可提交其所在国驻华使（领）馆出具的本人无配偶的证明，而该证明的出具却很简单，不知自己是否会“被重婚”。

事实上，这样的警惕是并不为过。无论国内还是国外，法律都不可能杜绝一切漏洞。个人只有加强自己的法律意识，作好防范。

无论国内还是国外，法律都不可能杜绝一切漏洞。个人只有加强自己的法律意识，作好防范。

父亲留下承租公房 叔叔拿出大红房本 被监护人的利益咋保护？

2013年11月04日 北京晚报 林靖

打算今年结婚的晓明突然惊讶地得知：叔叔背着他，私自买下了晓明父亲去世前承租的公房！而自晓明6岁时因交通事故失去双亲后，他的叔叔就一直担当他的监护人。晓明的父亲生前在单位承租了一套位于海淀区的公房。为了更好地照顾晓明，叔叔一家搬进了这套房里。由于叔叔的女儿想迁入海淀的学校上学，晓明的叔叔专门找到晓明父亲的单位，想把晓明父亲名下的公房承租人变更为叔叔的名字。单位考虑到晓明需要人照顾，最终同意暂时将公房的承租人变更为晓明的叔叔。

2008年单位以房改成本价面向内部职工出售公房，晓明的叔叔在晓明不知情的情况下买下了产权，产权证登记在了晓明叔叔的名下。

今年晓明要结婚，想将晓明父亲留下的这套公房作为婚房使用，请叔叔婶婶搬回他们自己的房子居住。然而，叔叔竟然拿出一个大红房本。

“明明是我父亲留给我的唯一住房，怎么就变成叔叔的了？！可怎么办呢？”晓明愣住了。

法律剖析

公房是晓明父亲留给儿子的财产

北京市盛峰律师事务所房产法律事务部首席律师李松接受了晓明的咨询。他认为，该诉争房屋是晓明父亲单位的福利分房，晓明的父亲是公房承租人。后来晓明的父母因车祸突然离世，这处房屋成为晓明的父母留下的唯一财产。

晓明的叔叔在晓明父亲去世后，主动承担照顾晓明的义务。李律师认为，当时是考虑到晓明年幼、需要人照顾的实际情况，在晓明叔叔的再三要求下，单位才予以通融，同意暂时将承租人登记在晓明的叔叔名下。但是，晓明父亲的单位始终认为房屋仍旧是晓明父亲留给晓明的，只是晓明年龄太小，不宜登记为公房承租人，实际上该财产应该是属于被监护人晓明的财产。

叔叔偷偷买房侵害被监护人利益

晓明的叔叔购买诉争房屋是在2008年，当时晓明已满16周岁。作为被监护人，晓明的叔叔购买该房屋应该征求晓明的意见，但是据晓明所述，他对此事并不知情。

李松律师认为，依据民法通则规定，监护人应当保护被监护人的人身、财产及其他合法权益，除为被监护人的利益外，不得处理被监护人的财产。晓明的叔叔购买该房屋产权，显然并不是为了晓明的利益，而是为了将此房据为己有，他与单位签订的买卖合同已侵害了被监护人晓明的合法权益，依法应当认定为无效合同。

李松律师认为，从理论上讲，在小明成年之后，他叔叔就应将诉争房屋变更承租人到晓明的名下，但是叔叔却起了贪念，暗自将房屋据为己有。晓明在得知自己的权利受到侵害之后，可依法向法院提起诉讼，请求确认叔叔与单位签订的《公有住宅买卖合同》无效。

此案中，单位的意见十分重要。李律师建议，必要时可以请晓明父亲的单位负责人出庭作证，阐明当时变更承租人的原委，以便法院查清事实，维护被监护人晓明的合法权益。在叔叔与单位签订的《公有住宅买卖合同》经法院依法确认无效之后，晓明可通过协商的方式，向单位要求购买父亲留下的房屋，之后将产权人登记到自己的名下，单位应予以配合。

如恶意转移财产可申请财产保全

李松律师在此特别指出，因诉争房屋价值巨大，且目前晓明的叔叔已经扬言“要将此房卖掉，谁也别想住”，如果在此案诉讼过程中，晓明的叔叔为了转移财产而将房屋出售，就需要区分不同的买受人来认定买卖合同效力。

买受人若明知此房存在纠纷，或者系晓明叔叔的近亲属，而故意以低于市场价的价格买进，那么即便双方已办理了过户手续，最终买卖合同仍会因违反我国《合同法》第五十二条第二项的规定“恶意串通，损害第三人利益”而被确认无效。无效之后，买受人仍需返还房屋。

而如果买受人购房时为善意的，对纠纷不知情，支付了合理的对价，且双方已办理完房屋所有权转移登记手续，那么，依据我国《物权法》第一百零六条之规定，第三人善意取得了诉争房屋的所有权，晓明便无法再要回房屋。但作为受害人，晓明可要求叔叔依法承担相应的赔偿责任，赔偿因其售房而给晓明造成的损失。

结合此案情况，为了防止晓明的叔叔恶意转移财产，李松律师建议晓明可依法向法院申请财产保全，请求法院依法查封诉争房屋，以最大限度避免将来可能造成的损失。

律师提示

勿毁掉监护心血

李律师特别提醒：监护人要尽到监护人职责，如果为了一己之私而故意损害被监护人的利益，很有可能最终得不偿失，不但要返还财产，给被监护人造成损失的，还需要赔偿损失。更重要的是，因为这样的不明智之举，多年的心血与感情的付出将可能毁于一旦，无法挽回。

“新型网络遗嘱”有效吗？

2013年11月13日 北京晚报 林靖

遗嘱·电子篇

如今，越来越多的人通过手机短信以及电子邮件、QQ、博客、微博、微信等进行交流沟通，表达甚至订立自己的遗嘱处理遗产。然而，这些“新型网络遗嘱”能不能得到法律的认可？究竟是否有效？继承人又能否顺利继承遗产？

故事

给老朋友发电子邮件安排后事

赵先生是一位从美国归来的老华侨。回国不久，在一次例行体检中，他被查出罹患癌症。老伴早已去世，赵先生想到已成年的两子一女继承遗产的问题，于是通过发送电子邮件的方式，给他的老朋友汤先生写了一份“遗嘱”，请求汤先生在他去世之后，替他分割他名下的一套房产和若干存款。

在赵先生去世后，汤先生拿出了这份“遗嘱”，并且列出一份遗产分割的协议。协议中，赵先生的房子被分给了家境并不宽裕的女儿赵小敏(化名)。但是，这样的分割方式并没有被赵先生的两个儿子所认同。他们认为，父亲生前发送给汤先生的“电邮遗嘱”不能算数；遗产究竟要如何分割，也不能由汤先生说了算。

近日，赵先生的两个儿子以遗嘱无效、赵小敏不能继承房屋为由，将自己的姐姐告上法庭，要求法院判定遗嘱无效，并重新分割父亲的遗产。

庭审过程中，赵小敏提交了通过网络证据保全的方式取得的电子邮件证据，以证明自己享有合法的继承权。经过法院的调解，最终，赵先生的两个儿子与姐姐赵小敏达成了和解，尊重父亲的临终遗愿，由汤先生帮他们分割了财产。

分析

不属规定遗嘱形式 不被《继承法》确认

类似于赵先生发给汤先生这样的“新型网络遗嘱”，在当今生活当中已经颇为普遍。然而，像手机短信以及电子邮件、QQ、博客、微博、微信等这些网络交流通讯工具，究竟能不能作为遗嘱的载体呢？

与传统继承的遗嘱不同的是，“新型继承”的遗嘱将原先的载体——纸张转变为虚拟的网络，但是网络本身的虚拟和复杂性，使得通过网络通讯工具订立的遗嘱在“是否与传统遗嘱具备同等法律效力”上，存在较大的争议。

北京市铭滔律师事务所的孙涛律师认为，遗嘱是法律明确规定的单方法律行为，必须符合法定条件才具有法律效力。根据我国《继承法》的规定，订立有效的遗嘱不仅要具备法定的实质要件，比如必须有遗嘱能力，遗嘱的内容必须合法，遗嘱必须是遗嘱人自由、真实意愿的表达等，还必须符合法定形式要件。

《继承法》第十七条规定了五种遗嘱形式：公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、口头遗嘱、录音遗嘱。这五种遗嘱具有稳定且不容易被篡改的属性，能够客观且真实地反映立遗嘱人的真实意思表示，可以成为遗嘱的有效形式。

有人认为，与上述五种遗嘱一样，通过网络作为载体订立的遗嘱也具有稳定性。但孙涛律师则认为不然，实际上，虚拟的网络本身就存在不稳定性，QQ、微信等网络通讯工具被盗号的情况也层出不穷。

孙涛律师认为，法定的五种遗嘱方式，要么有被继承人本人的亲笔签名，要么有本人的真实录音或者有见证人在场作证，被篡改、被模仿的难度比“网络遗嘱”更大，即使有争议，也更加容易鉴定真伪。“而通过网络订立的遗嘱，其意思表示是否真实较难考证。这些新型‘遗嘱’的载体，在现实生活中，经常出现被盗号、篡改等情形。此时在网络上订立的‘遗嘱’内容就不一定是被继承人的真实意思表示，会导致‘新型网络遗嘱’意思表示的真实性存在瑕疵。”另外孙涛律师认为，法律只规定了公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、口头遗嘱、录音遗嘱五种有效的遗嘱形式。通过网络载体所订立的遗嘱，其本身形式上不属于以上五种遗嘱形式中的任何一种，是不符合法律规定的遗嘱形式。这样的“遗嘱”是不具有法律效力的。

因此，从法定遗嘱要件的角度来说，目前出现的“新型网络遗嘱”不可能被《继承法》所确认。

支招

通过网络证据保全解决问题

记者了解到，如今一些诉讼当事人还提出了这样的疑问：通过网络订立的“遗嘱”，它能否作为遗嘱纠纷案件的证据，来证明立遗嘱人的意思表示呢？

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第50条规定：“质证时，当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性，针对证据证明力有无以及证明力大小，进行质疑、说明与辩驳。”

在我国，一般认为证据的合法性是指某些信息必须具有法律所规定的形式，且其收集也必须符合法定程序。因此孙涛律师认为，“网络遗嘱”作为证据的合法性，需要解决两个问题：其一，其形式上是不是法律规定的证据种类；其二，收集途径是否符合程序。

如何解决这两个问题？孙涛律师说：“现在通过网络证据保全的方式就可以解决，所以在网络遗嘱的合法性问题上，‘遗嘱’的收集途径和形式就不会成为明显阻碍。”

可用相关鉴定结论加以证明

但需要特别说明的是：不管是想通过电子邮件、手机短信、微信的内容来证明“遗嘱”有效，还是想作为证据证明被继承人的意思表示，对于这些情况，即使到公证处作证据保全，也只能证明相关财产的继承信息客观存在。

以手机短信或微信为例，公证处在办理此类证据保全时，只能客观地见证公证申请人打开自己的手机展示，或者播放相关的语音信息，而并不能去审查该信息来源的真实性。这是因为随着现代网络技术的不断进步，利用各种卡号的复制技术或网络模拟技术，都很容易去制造虚假信息，以混淆视听。

所以，“网络遗嘱”的真实性是其能否作为证据在庭审中使用的关键。针对上述客观存在的现实问题，在法庭上，这些证据能不能被法官采信，就必须根据具体案情，再提交相关的佐证加以证明了。当事人可以通过相关鉴定结论，认定“网络遗嘱”是否真实有效。同样，当事人也可提供其他证据作为佐证，来认定“遗嘱”的真实性。如果能够证明这份来自网络通讯工具上的遗嘱真实有效，那么该份证据的真实性问题也就迎刃而解了。

所以，如果网络“遗嘱”符合证据认定的关联性、合法性和真实性三个特性，便也可作为证据，在庭审当中使用。

“在现阶段，真实有效的‘网络遗嘱’最多只能作为一种证据；要作为法定遗嘱形式出现，还有一段漫长的路要走。”但孙律师同时也认为，“不可否认的是，网络的便捷优势将给遗嘱的订立和保存等问题提供一个新的发展机会。”

这场离婚官司法院“破例”判决一次性付抚养费 12 万元

2013 年 11 月 14 日 重庆晚报 唐中明

有孩子的家庭分解后，抚养费的给付方式一般是按月支付。但在近日市一中院终审判决的一起抚养费案中，由于父亲是厨师，收入较高且工作不稳定，法院“破例”判父亲一次性支付抚养费 12 万元。这究竟是怎么回事呢？

重庆晚报记者昨日从市一中院了解到，今年 31 岁的小军是一名厨师，与小萍原本是初中同学。2004 年 5 月，两人确立了恋爱关系，不久开始同居，2008 年 8 月在巴南区民政局登记结婚。婚后，两人时常因琐事发生争吵。

2011 年 3 月，女儿琳琳诞生，给这个家庭带来了些许欣喜。

但是，这并不能彻底改变这个家，小军和小萍仍然经常为家庭琐事发生纠纷，甚至抓扯。

2011 年 10 月，忍无可忍的小萍起诉，要求解除婚姻关系、分割房屋并抚养女儿，同时要求男方一次性支付孩子的抚养费 15 万元。

小军同意离婚，但要求自己抚养孩子。

法院一审查准两人离婚，并判令琳琳由小萍抚养。至于抚养费，法院考虑到小军工作不固定，且能从婚姻共同财产中分得近 15 万元等因素，支持了小萍要求对方一次性支付 12 万元抚养费的请求。

小军不服，上诉到市一中院。近日，市一中院维持原判。

为何判决一次性付费？

市一中院的办案法官称，孩子的抚养费往往是离婚争议中的重要问题之一。很多夫妻离婚时，往往要求不直接抚养孩子一方一次性支付抚养费，一可避免今后可能发生的追索抚养费纠纷，二来可以折抵给付对方房屋折价款。

但是，抚养费一般是按月支付，比如在每月几号前在探视孩子时支付，或打入孩子抚养费的专用账户。是否采用一次性支付方式，法院要看支付方的实际支付能力，以及态度。一般来讲，如果支付方不接受，法院判令一次性支付的可能性是不大的。

在本案中，小军是厨师，自述月收入 7500 元，但工作不固定，一般一两年就要换地方，若每月给付抚养费，将难以保障孩子的权利。况且一次性拿出 12 万元，并非要求小军支付现金，而是从其应分得的夫妻共有房屋分割后近 15 万元的补偿款中予以抵扣。

因此，判令其一次性支付抚养费，既保障了女方及孩子的权利，又不会影响小军的生活。

（涉及隐私，当事人均为化名）

新闻延伸

抚养费

三种方式怎么选

长期从事婚姻家庭案例研究的重庆森达律师事务所主任贺天强介绍，子女抚养费的给付方式有三种：定期给付、一次性给付、以物折抵。选哪种方式，一般由父母双方协商，协商时可根据子女的实际需要、父母双方的负担能力和当地的实际生活水平等因素，原则上是定期给付。

定期给付，一般以月或季或年给付，这种情况比较符合大多数人的情况。

一次性给付，适用支付抚养费一方工作调动频繁、收入较高的情况。

以物折抵，适用于支付方下落不明的情况。

一次性给付

费用咋计算

一次性给付或以物折抵的期限，一般是以十八周岁为底线。

计算方式即：总数=按月或年的抚养费数额×将子女抚养至十八周岁所需时间。

这种给付方式，有人认为应谨慎使用，理由：一是怕直接抚养子女的一方挪用或者挥霍，二是子女成长过程中实际情况会发生变化，三是有可能造成支付方生活困难。

需要强调的是，抚养费一般承担至子女 18 周岁为止。如果子女虽满 18 周岁但尚未独立生活的，如父母有给付能力，仍应负担必要的抚养费。

一次性给钱

情况有变咋办

九龙坡区法院的办案法官介绍，这种情况下抚养费可合理发生变更。

目前基层法院收到的抚养费变更有增加、减少和免除三种情况。抚养费增加是子女在必要时提出的，除了因物价调整，原定数额难以维持子女生活所需；或子女升学，实际所需抚养费超过原定数额以外，还可能因为子女身患疾病，抚养一方无力支付全部医疗费用，或有给付义务的一方经济收入显著增加等。

反之，有给付义务的一方长期疾病或者丧失劳动能力，无力按原数额给付，而抚养子女一方又能负担抚养费的，可请求减少给付。

择校费旅游

不属抚养费

重庆竞豪律师事务所李帅律师称,《婚姻法》所称抚养费,包括子女生活费、教育费、医疗费等,纠纷较为突出的是择校费。如孩子送到私立学校、贵族学校,一次性要交5万、10万元,多出来的这部分费用,或是因考分不够而产生的赞助费,不应当属于抚养费。

这笔钱应由双方协商解决。如果送孩子就读这类学校未经对方同意,不同意的一方可不支付该笔费用。

李帅律师强调:抚养费以必要为限。如子女要买电脑手机等、要外出旅游等,由于没有法律依据,父母可以拒绝支付。

抚养费是月收入的

20%-30%

贺天强律师表示,最高人民法院规定,对于非直接抚养子女一方有固定收入的,可按其月总收入的20%-30%给付抚养费。因此,一些人就认为抚养费应当是非直接抚养子女的一方,按照月收入的20%-30%给付,如果月收入万元,则支付2000~3000元的抚养费。这种认识是错误的。

在法院实际审理类似抚养费案时,除了参照工资收入比例的标准,孩子的实际需要以及当地的实际生活水平也是相当重要的参考因素。

比如目前在北京市,一个普通家庭孩子的月抚养费大约在1000元左右,如果非直接抚养方的月工资一万元,每月就要支付2000-3000元抚养费,显然不妥。抚养费是双方均应当承担的义务,具体数额还要结合当地实际生活水平和孩子的实际需要。

悍妻四年频频家暴丈夫忍无可忍想离婚

2013年11月15日 荆楚网 肖梦吟

遭遇悍妻长达四年的家庭暴力,忍无可忍的王先生起诉离婚,并欲索要赔偿金。

初识妻子时,王先生被妻子温柔贤淑的气质吸引。哪知孩子出生后,一切都变了样。王先生忙着做生意,没时间管孩子,便和妻子商量让其在家专职带孩子,哪知妻子却拒绝做家庭主妇,更对孩子不闻不问,王先生只得把孩子送回老家,让父母照看。

哪知这之后,二人时常因小事争吵。每次吵架,妻子就对王先生又打又骂。王先生多次报警,但并无太大改观。近日,忍无可忍的王先生决定向法院起诉离婚,并向妻子索要精神损失费。

■律师说法:

湖北尊而光律师事务所王旭律师:王先生妻子的行为已属家庭暴力,有充分的法律依据诉请离婚,《婚姻法》及其相关司法解释也规定了家庭暴力的受害者有权索赔。

爱上不该爱的男人

2013年11月16日 tinalaw.lai 的博客 赖芳玉

一位年约40岁、打扮时髦的女性朋友,焦虑不安的坐在律师楼会议室内。我看到同所陈律师费力地与她解释法律,之后该女性朋友显然很不开心的离开律师楼。

我见陈律师似乎有些气馁,向前安慰:「家事律师不好做喔,情绪成本特别高,妳的好意,当事人不见得埋单。」陈律师嘆口氣說:「赖律师,处理家事案件,真的很難在情理法上抓到平衡點。刚才那位女性朋友是小三,她和那男人外遇近10年了,他老婆都不知情,直到現在生了一個小孩,那男人突然拒絕和她聯絡,她痛苦不堪。希望律師協助處理,但我認為處理空間有限,至多為該名小孩請求強制認領、爭取監護權及扶養費而已,然而她的期待是那男人的回心轉意。」

妾身違法沒有保障

我說:「嗯,怪了,最近確實很多小三的案件,其實在法律上,當男人提出分手時,小三在法律上毫無保障,無法如元配受到法定夫妻財產制保障而請求財產分配或贍養費、也沒有因分手的損害賠償及繼承權,雖然有所謂遺產酌給請求權,但須經親屬會議,難度非常高,至於多年前某地方法院判准小三援用早期判例,比照妾的身分請求贍養費,但那樣的案例少之又少,可遇不可求。如真要爭取財產保障,那小三總得在感情上擺低姿態用盡手腕央求著男人給些許保障,但也看那男人有沒有膽在元配眼皮底下,偷偷把私房錢給她。而所生的非婚生子女更是可憐,總是等著一個無法回家的爸爸,時不時的還跟著母親遭到來自元配家屬的奚落與責備,如要訴請認領子女,那就得等著被元配告妨害家庭罪,每天擔心揣測元配是否知悉通姦已經超過6個月或該通姦行為是否已超過5年的時效,所以從風險評估來看,當小三還真不划算。」

陳律師回應:「也許小三圖的是真情吧?」我苦笑著說:「跟一個無法對自己婚姻忠誠的男人談真感情,那豈不是與虎謀皮嗎?」說到底,家事案件很難論是非,所涉的每個人,都只是各自在不同的立場上傷悲而已。

婚后加名离婚时房产分割之探讨

2013年11月10日 贾明军博客 贾明军

近几年，随着房价的不断飙升，离婚案件中，房子的归属及分割等问题时时刻刻牵动着当事人的心。在笔者承办的众多离婚案件中，为争夺房屋产权归属而撕破脸皮的比比皆是，使得残存的一丝情感记忆也在这一场场没有硝烟的“产权大战”中慢慢的消耗殆尽。

本文笔者就以最近承办的房产婚后加名的案件为例，梳理出案件处理中可能出现的争议焦点以及处理方式，与同行共享以及给受此困扰的当事人一些参考和借鉴。

一、案件回放

原告李某于2004年5月经人介绍与被告王某某相识，由于双方此前均无任何情感经历，因此初恋的感情迅速升温，两人双双坠入了爱河。尤其是李某的父亲愿意帮助王某某找工作，这对还在上大学的王某某来说，无疑觉得找到了今生的最佳归宿，两人很快在王某某毕业的那一年步入了结婚殿堂。可是好景不长，两人结婚在一起生活后才发现，双方在价值理念、待人接物以及性格等方面有很大不同，初恋的美好随着两人生活中柴米油盐酱醋茶的琐碎，逐渐有了异样。

2007年7月，女儿李小某出生，原本以为孩子的出生，会让家庭更加的融洽，却不成想，王某某和李某的母亲因为孩子的教育问题多次发生矛盾，进而影响到了双方的感情，王某某甚至发起脾气来将李某锁在门外不让她回家，李某怕父母操心，也只好背着父母到朋友家借住。久而久之，双方的感情逐渐恶化。

后李某提出离婚诉讼，但在诉讼中被告王某某却提出要分割李某及其父母的房子。原来，为了表达对王某某的爱意，结婚之后李某及其父母将按份共有的一套房产加上了王某某的名字，李某的份额从原来的三分之一变成了双方各占六分之一。诉讼中王某某认为，根据房产证上面的登记，自己已经占有该套房产的六分之一，且因为要照顾孩子，故认为该套房产应为自己所有，李某名下的六分之一过户给孩子，自己则继续住在这套房子里。而原告李某则认为，该套房产系父母婚前全款购买，自己和王某某没有对该房产贡献过一分钱，现双方离婚，王某某应该将该房产的六分之一返还给其父母。

二、问题提出

可以说，房产在婚后加名的案例在我们日常接触到的案件中并不少见，一方婚前的房产在婚后加了对方的名字，但未约定共有的份额时，在离婚时该如何分割？或者一方在婚后加了对方的名字，并在房产证上约定了各自所有的份额，在离婚时该如何分割？另一方面，如果涉及到案外人，多人按份共有的情况下，离婚时，作为按份共有的房屋可否按照《物权法》第九十九条的相关规定随时主张共有物的分割？下面我们就来一一的分析。

三、实务操作以及法律分析

（一）婚后加名的房子未约定共有份额，在离婚时该如何分割？

根据上海市高院《关于印发<<关于审理分家析产案件若干问题的意见>的通知》（以下简称上海高院发布的通知）第五条规定，恋爱期间共同购房，一方未出资但产权登记为两人共有，析产分割的处理：从不动产登记的角度分析，房屋已经确定为恋爱双方共有，双方终止恋爱关系后分割共有房产，符合重大理由需要分割的情形，共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的按照协议处理，没有协议的，应当考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况，合理确定未出资方的份额，一般以10%到30%的份额为宜。

从上海高院发布的这条通知可以看出，恋爱期间一方未出资的房产在两人分手，即重大理由不存在共有基础的情况下，考虑到双方对房产的贡献价值适当的进行分割，而非绝对的各半分割，可以说这条通知自发布以来，给上海各大法院处理类似案件提供了一个强有力的裁判依据。

但这里就衍生出另外一个问题，倘若双方恋爱期间加名分手时尚可获得10%到30%，那么在双方婚前加名或婚后加名离婚时该套房产如何分割？针对此问题，理论界也有着两种分歧：

第一种观点认为，既然双方已经取得婚姻关系，且该房产为双方共同共有，那么离婚时就应该严格按照每人一半的份额来分割。而另一种观点则认为，虽然双方已经取得婚姻关系，该房产的性质也为共同共有，但离婚时双方毕竟感情已经破裂，其本质上与上海高院发布的通知中双方失去的共有基础的理由根本上一致，故在分割上也应该按照该通知的规定，未出资一方应获得该房产的10%到30%。

可见，如果完全按照第一种方式机械的各半分割，对于婚姻关系存续时间非常短暂的夫妻来说，对房产贡献价值较大的一方则缺乏公平，可以举一个比较极端的例子，恋爱期间房产加名，后在双方登记结婚后的第二天则一方选择离婚，那么按照第一种观点的解释，则未对房产有任何贡献价值的一方可以获得房产的一半的份额，对比恋爱期间可以多获得房产的20%到40%，倘若这样机械的判决，很有可能引发大量的“骗婚”行为，进而引发道德风险，不利于我国婚姻长久的传统理念。

如果按照第二种观点，参照上海高院的通知将双方婚姻关系的解除等同于恋爱期间分手，则无外乎是对婚姻的一种“无视”，也可以举一个比较极端的例子，两人结婚几十年，后因为各种原因而选择离婚，而按照第二种观点的处理方式，未对房产进行出资的一方将仅仅最多能够获得该房产的30%，这在某种程度上对房产未出资一方也是不公平的。

而沪家律师则认为，针对此类案件，不管是婚前加名还是婚后加名，在离婚时对该房产的分割应该综合考虑三个最主要的因素：第一、双方结婚的时间长短；第二、双方感情破裂的诱因是否系一方有过错；第三、未对房

产出资一方对家庭日常开销的负担及贡献价值。综合以上三种因素判定未出资一方在离婚时能够获得的房产份额。这样既保护了出资一方的财产，又维护了未出资一方的合法利益。

(二) 婚后加名的房子约定了共有份额，离婚时该如何分割？

这里还有另外一种情况，即房产加名后固定了按份共有，无论其所占份额多少，在双方离婚时是否完全按照依照房产证上所持有的份额进行分割？针对此类型案件，司法实践当中也是仁者见仁、智者见智。从法院的判决上来看，一般存在两种情形，一种是严格按照房产证上约定的份额进行分割。另一种是考虑双方对房产的贡献价值，比照房产证上的比例上下浮动后进行分割。实践当中，后者则较为常见。

所以，对房产的贡献价值通常是法院裁判的主要衡量标准，当然也有很多人提出，上海高院发布的通知实质上是与《物权法》中规定的物权登记的效力进行对抗，是与物权法的规定背道而驰。但纵观立法者的本意可以看出，上海高院发布的通知实质上是与物权法的规定相一致并统一的，其实质是为了更好的保护私有财产的不可侵犯性，也在一定程度上体现了公平原则在我国法律上的适用。

(三) 婚后加名房产，离婚时按份共有人可否随时主张房屋产权分割？

我国《物权法》第九十七条规定，处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。第九十九条规定，共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。

根据《物权法》的相关规定，作为房屋产权的按份共有人在没有约定不得分割的前提下看似可以随时主张房屋产权进行分割。但是在实践操作中，亦并非如此，法院多数还会考虑到双方的居住情况是否适宜分割。如果夫妻双方只有系争的一套房产，而又都没有能力支付系争房屋的折价款，那么如果在此情况下对房屋进行分割，势必有一方将居无定所，考虑到这些因素，法院一般都会选择对该系争房屋暂时不予处理的方式，即不适宜分割的份额依旧保留，充分尊重和保护居住权，因此在笔者承办的案件中，就不免会出现离婚后依然“共处一室”的尴尬。

四、结论

关于婚后加名，按份共有的房产在离婚时的具体分割，要视具体情况具体

分析，既适用《物权法》有关于共有人的规定，也要考虑到财产来源以及双方对财产的贡献价值。纵观本案，双方没有走到互相对峙的层面，而是在双方律师多次的谈判以及法院的主持调解下达成了合意。最终，这场婚后加名的“离婚房产大战”在双方当事人、双方律师及法官五个角色都非常满意的情况下了结！

英国最高法院 P (上诉人) &R 有限公司及其他公司 (被上诉人) 判决

2013 年 11 月 05 日 贾明军博客 贾明军

此案对于中国法院、中国内地当事人最大的意义在于，如果在英美法系框架下解决夫妻财产分割，请务必不要以为，公司名下的财产就只能为公司所有，作为实际控制人（也许并非股东、也许是利用信托转移了所有权），从而进一步认为通过公司架构设计(包括离岸和信托)就可以高枕无忧了。这个消息对于香港或美国、新加坡等境外上市的大 MONEY 们可不是一件好事，这意味着，传统的夫妻财产分割全球藏匿游戏规则可能改变了！我英语不好，现将此案大体情况简要陈述一下，沪家企业与家事团队会紧密、认真研究此案，并和需要的客户及学术人士分享！

此案为英国最高法院判决，于 2013 年 6 月 12 日宣判。

此次上诉案案由是基于一个离婚案件而提起的“附属救济”。离婚案件当事人双方都有 N 国与 E 国的双重国籍。因 E 国有男方的“婚姻居所”，故而 2008 年女方提起离婚诉讼后，法院在 2008 年发出暂准判令，并于 2011 年 11 月发出绝对判令。

此案争议焦点主要涉及几个公司地位问题（与中国法院判决财产分割讲究“法律关系”截然不同）。法院查明男方直接或间接掌握 P 集团公司。最初涉及 7 家公司作为被告，同属女方申请附属救济的诉求范围。

英国 1973 年婚姻诉讼法第二部分，对于法院自由掌握适用“附属救济”判令有充足依据。关键问题是，法律规定，支付方“无论是直接占有或是拥有预期所有权”的财产，均可在考虑的范围之内，第 25 条第 2 款第 1 项表述为：“婚姻双方的现存及预期的收入，挣钱的能力，财产和当事人掌握的其他经济资源”（与中国法截然不同）。

英国大法官认为，如何在案件中合理做出“附属救济”的判令，要根据夫妻双方披露的各自财政情况进行合理、公正的衡量。必要的时候，可以通过法院强制要求当事人披露相关信息。如果法官认为，一方（特别是持有财产一方）的行为，是“顽固、含糊其辞、不诚实”的，而且拒不遵守法院的具体法令，甚至隐匿财产，或存在共谋行为，等等，在这种情况下，就可以必要采用救济判令的一系列措施。

一审法院的法官认为，不有一般的法律原则赋予他得出“公司法人人格否认”的处理，并认为可能存在“潜在的税务问题”。

大多数情况下，公司是区别于股东的独立法律实体。在 *In Salomon v Salomon and Co Ltd(1897)ac22* 案件中，就确立了著名的公司人格独立制度。在这样的情况下，如果基于公司的资产可以用来补偿男方拒绝执行一次性支付女方大额款项的法令可能会有三种情况：

- (1) 法院为了做出有效的救济手段可以例外的拥有否认公司人格的自由
- (2) 根据婚姻诉讼法第 24 条规定，法庭在婚姻家庭案件中可以被授予特别的权力去否认公司人格。
- (3) 公司可能被认为所持公司的财产，只是作为男方的信托财产，男方实际上是受益人并不是公司控股股东和所有人，但再要看案件是否存在特殊情况。

主审大法官 NEUBERGER 完全同意女方的诉求，是基于被告公司们所有和空缺的涉案财产实际上是男方的财产，被告们只是托管人；而不是基于刺破公司面纱原则的适用，更不是基于 1973 年婚姻诉讼法第 24 条第 1 款第 1 项和第 3 项。

结婚多年确认亲子关系不存在假父亲能否撤销赠与孩子的房产？

2013 年 11 月 18 日 《上海律师》 郭韧

案情简介

嘉欣和马俊以前是一个单位的同事，经常在一起办公，日久生情，并于 2000 年 5 月份登记结婚。2002 年他们的爱女 candy 诞生。但是马俊却并不开心，希望再生一子。2006 年 8 月，马俊果如所愿喜得一子，取名马啸天。第二年马俊在婚后房产上增加了马啸天的名字。但是周边的亲友都觉得马啸天和马俊没有一点相像之处，倒是很像马俊的朋友朱峰。周边的邻居、朋友也经常传出嘉欣和朱峰的感情不一般的传言，为此马俊经常和嘉欣吵架，马俊也提出去做亲子鉴定，但是嘉欣不同意。2011 年底，马俊起诉到法院请求确认亲子关系不存在，并要求撤销其因存在重大误解而赠与马啸天的房产份额。

争议法律焦点

怎样从法律层面确认亲子关系是否存在？马俊能否以存在重大误解为由撤销其赠与马啸天的房产份额？马俊能否单独行使赠与房产的撤销权？

律师评析

随着民众婚姻家庭观念的转变，社会上的离婚率也越来越高，私生子，非婚生子，非亲生子女的现象也越来越普遍。

(一) 关于法院如何认定亲属关系是否存在？

具体到本案，马俊通过系列现象得知自己抚养多年的儿子不是自己亲生，气愤的马俊只得起诉到法院。审理中在法院庭审中，原告马俊提供了自己和儿子血型不一致的证明，被告嘉欣和朱峰在一起的照片以及其他证明亲子关系不存在的证明材料。被告嘉欣没有提供相应的证据，只是主张马啸天是婚生子，但是仍旧拒绝做亲子鉴定。根据《婚姻法（解释三）》第二条的规定：夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。本案法院于 2012 年 3 月据此作出确认原告与马啸天不存在亲子关系的判决。

(二) 马俊能否在时隔多年后行使撤销权？

因马俊请求撤销赠与房产需分开起诉，马俊在另案起诉中以赠与存在重大误解为由，要求撤销 2007 年将系争房屋赠与马啸天的行为。根据《婚姻法》的规定，马俊与嘉欣婚后所购房产应为夫妻共有财产，马啸天并非该房屋当然的共有人。虽然系争房屋当时登记为三人共有，但是根据生活常识，该房产应为马俊夫妻二人对马啸天的赠与。但是马俊在时隔多年后，能否以其对赠与合同存在重大误解而主张行使可撤销合同中的撤销权？

根据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第七十一条的规定：“行为人因为对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成重大损失的，可以认定为重大误解。”马俊将马啸天误认为是自己的亲生儿子，并基于亲子关系的认识而与嘉欣将夫妻共有房产三分之一的份额赠与马啸天，符合“重大误解”的认定标准。《合同法》第七十五条规定：“撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内行使。”马俊虽然在赠与完成 4 年后起诉行使撤销权，但在本案中并没有超过 1 年的诉讼时效。因为马俊是在 2012 年确认与马啸天不存在亲子关系，马俊知道撤销事由的时间就是法院判决确认之后，距其诉请撤销赠与不足一年，故其撤销权并未消灭。

(三) 马俊能否单独行使赠与夫妻共有房产的撤销权？

马俊虽然有权行使撤销权，但行使撤销权的权利范围是我们值得关注的焦点。在本案的一审判决中，原审法院判决撤销马俊赠与马啸天六分之一的房产份额，是错误的。马俊基于重大误解赠与马啸天的房产属于夫妻共同财产，根据我国《物权法》第九十七条规定：“处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。”因此，对共有财产的处分，按份共有按绝对多数的原则，共同共有按全体一致的原则。本案对夫妻共同共有财产的赠与，属于对共有财产的处分行为。马俊在订立赠与合同时存在重大误解，表明其没有和嘉欣将夫妻共有的系争房屋份额赠与马啸天的真实意思。共同赠与因缺乏共同共有人之一马俊的同意而失去了存在的基础。根据相关

法律规定：夫妻双方将共有财产赠与他人后，如夫妻一方在赠与合同订立时存在意思表示瑕疵，意思表示瑕疵一方即可诉请法院撤销该赠与。如符合可撤销合同撤销权行使的法定条件，法院应判决撤销夫妻对他人的共同赠与，而不应仅判决撤销意思表示有瑕疵一方对他人的赠与。因此，马俊行使撤销权的效力应及于马俊与嘉欣的共同赠与行为。

结 论

在确认亲子关系的诉讼关系中，法院判决确认马俊与马啸天不存在亲子关系。对于原告撤销对马啸天的房产赠与的请求，告知其另行起诉。

在马俊另案起诉撤销赠与房产的案件中，一审法院判决撤销马俊对马啸天的房产赠与。马俊上诉后，二审法院认定因系争房屋属于夫妻共同财产，对系争房屋的赠与应在双方意思表示一致的基础上完成，马俊基于重大误解而赠与马啸天房产份额，因此马俊行使撤销权的效力应及于马俊与嘉欣的共同赠与行为。故二审法院判决：撤销原判；撤销马俊与嘉欣对马啸天房屋产权的赠与。

被养了 17 年为何分不到补偿款

2013 年 11 月 23 日 检察日报 李轩甫 谈星余

1996 年，刚出生的陈晓被一村民收养。今年年初，当地居委会向每位村民发放征地补偿款 5 万元，却以陈晓未办理合法的收养关系，不属于该居委会集体经济组织成员为由，拒绝向其支付征地补偿款。

被收养 17 年却拿不到征地补偿款，陈晓不服，向法院提起诉讼。法院一审判决驳回陈晓的诉讼请求，二审维持原判。

1996 年，海南省海口市秀英区镇海居委会村民刘宝收养了陈晓。2000 年 9 月办理了户口登记，陈晓在被收养之前，刘宝已生育儿子陈亮。

2013 年 1 月 8 日，镇海居委会向每位村民发放征地补偿款 5 万元，唯独没有发给陈晓补偿款。

陈晓表示，她被收养后，由原镇海村民委员会出具“证明书”，证明了镇海居委会承认陈晓属于其集体经济组织成员，此后按照法定程序和规定到海口市公安局新海边防派出所补办“常住人口登记卡”，并被批准同意落户到原海口市秀英区长流镇镇海村 012 号。因此，从法律上已承认陈晓与刘宝收养关系成立。陈晓还说，从入户后至今户口一直没有迁移，一直在村里与父母共同承包土地，作为其唯一经济来源及生活保障。她与父母家人一直居住、实际生产和生活在镇海居委会至今。另外，在 2010 年的拆迁补偿安置中，陈晓也分得镇海居委会一套房。为此，可以证明陈晓已经具有镇海居委会集体经济组织成员资格，应享有与镇海居委会其他集体经济组织成员同等待遇的权利。

镇海居委会则认为，根据国家户籍管理制度有关规定，公安机关对被收养子女的户口登记有严格的法律规定。陈晓不符合这些规定，也未按照法定程序和规定办理户籍登记，原镇海村民委员会出具“证明书”也是在人口普查时为了解决陈晓的上学问题，应村民的请求出具的，内容并不真实合法。

对此，法院认为，刘宝在收养陈晓之前，已生育一子，与陈晓之间不符合收养条件，而且刘宝也没有到民政部门办理合法的收养登记手续，双方收养关系未依法成立。

根据《海南省高级人民法院关于审理农村集体经济组织土地补偿费分配纠纷案件若干问题的意见(试行)》规定，对于依法成立收养关系的养子女和依法成立继子女关系的继子女，其农村集体经济组织成员资格的认定，与亲生子女相同。但是，陈晓与刘宝之间没有依法成立收养关系，陈晓不具有镇海居委会集体经济组织成员资格。陈晓要求镇海居委会支付征地补偿款 5 万元，理由不成立。

对此，海南阳光岛律师事务所律师陈剑律师表示，根据收养法第 6 条的规定，收养人应当同时具备下列条件：(一)无子女；(二)有抚养教育被收养人的能力；(三)未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；(四)年满 30 周岁。该法第 15 条规定，收养应当向县级以上人民政府民政部门登记。收养关系自登记之日起成立。而且收养法是 1992 年颁布实施的，因此刘宝在 1996 年收养陈晓，应当适用收养法，所以刘宝收养陈晓不具备收养条件而不具备法律上的收养关系，陈晓不能享有集体经济组织成员权利。

离婚涉及公司股权转让和分割若干问题的思考

2013 年 11 月 23 日 中国律师网 郑春杰

[正文]

股权转让，因其具有便捷的操作性和转让价格的不易确认性，时下已成为夫妻转移、隐匿共同财产的重要形式。在司法实践中，因配偶一方股权转让引发的纠纷，在涉及股东权的离婚案件中最为常见。这种股权转让行为的效力如何认定？股权转让行为的效力确认后，离婚诉讼中公司股权该如何分割？双方无法协商一致时，是分割公司股权还是分割股权的价值？都值得研究。

一、股权转让的效力分析

(一) 相关法律规定

1、公司法律层面的规制。

根据《公司法》第72条规定：股东转让股权，必须征求公司内部其他股东的同意，如果章程有特别约定，则依章程的约定。但对于转让股东有配偶的，是否要经过配偶同意，未明确规定。

2、婚姻法律层面的规定。

《婚姻法》第17条第2款规定：夫妻对共同所有的财产，有平等的处理权。另外，根据《婚姻法司法解释（一）》第17条第二款及《婚姻法司法解释（二）》第16条的精神，在婚姻关系存续期间以夫妻共同财产获得的公司股权，即使登记在一方名下，仍属于夫妻共同财产，处理时应由夫妻双方协商一致。

3、民事法律层面的规定。

最高人民法院关于执行《〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》第89条规定：在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该项财产的，应当维护第三人的合法权益，对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。

《物权法》第106条规定：无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

（二）效力认定

1、转让方擅自转让行为。

根据婚姻法层面的规定，转让属于夫妻共同财产的股权系对夫妻财产的重要处理，夫妻双方在内部关系中对此享有平等的权利，应当经过夫妻的一致同意。未征求对方意见或者意见不一致的，另一方不得处分，擅自处分的就违反了夫妻共同财产关系的基本准则，构成无权处分。

2、受让方是否构成善意取得。

判断受让方是否构成善意取得的两大要件：一是受让人是否具有善意。善意的判断标准，应该是受让人不知道且无义务知道转让人无权处分；如果其知道或应当知道的，不构成善意。其二是交易价格是否合理。合理分为主观合理和客观合理，无处分权的转让人的主观价格标准不能取代权利人的主观价格标准，通过评估、鉴定等方式确定财产价值来衡量客观合理。

3、考量因素。

夫妻一方私自转让股权给第三方，除符合《公司法》的规定外，因考虑到属于夫妻共同财产，则应根据《合同法》第52条第二项，结合第三方受让股权的股价，与转让方的关系亲密程度，受让时是否知道或应当知道出让方夫妻双方的感情等因素，在判断转让行为是否存在转移、隐匿财产、恶意损害转让方配偶的利益的情况下，对于股权转让合同的效力进行认定。

二、离婚时涉及的股权分割

（一）法律依据

《婚姻法司法解释（二）》第15条规定：夫妻双方分割共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有价证券以及未上市股份有限公司股份时，协商不成或者按市价分配有困难的，人民法院可以根据数量按比例分配。第16条规定：人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，过半数股东同意、其他股东明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，过半数股东不同意转让，但愿意以同等价格购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。过半数股东不同意转让，也不愿意以同等价格购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。

显然，上述规定是在夫妻双方就股权转让协商一致的前提下，根据《公司法》的规定处理的。但现实生活中，离婚夫妻在大多数情况下就股权分割很难协商一致：有些要求分割股权所对应的财产价值，有些则要求分割股权。目前司法实践中，各地法院因认识不同，做法不一。

（二）分割股权的弊端

1、违背有限责任公司的人合性。有限责任公司具有人资两合的性质，其股东往往是亲戚、朋友，股东之间有较好的信任关系，特别是家族性质的企业的人合甚至亲合性特征更为明显。股东发生婚变，其配偶如果直接分得股权，会受到其他股东的排斥，表决权名存实亡，不如获取股权对应的财产价值，既利于保护当事人的财产权益，又可促进家族企业继续发展。

2、容易导致公司僵局。离婚当事人的冲突有可能影响到公司经营管理之中，股东会 and 董事会等权力和决策机关陷入权利对峙而不能按照法定程序作出决策，公司的正常经营无法继续。

（三）分割股权价值的弊端

1、违背了夫妻共有股权的特殊性。股权体现为财产权益性质的股东以自己利益为目的而行使的权利，在公司法理论上称为自益权；体现为管理权性质的股东为自己利益并兼有为公司利益而行使的权利，在公司法理论上称

为共益权。股权是自益权与共益权的统一体。故夫妻离婚时分割股权，应当把自益权和共益权一并分割；如果分割股权价值则仅分割了股权的自益权，实际对股权的公益权未予分割，有违公平。

2、股权价值难以确定。公司注册成立后，股东的出资转变为公司的资产，随着公司的正常运转，势必带动公司资产的动态变化，这时股东的出资额或增值或减值。出资额的这种动态变化就决定了各个时期对于股权的评价会产生很大的差异。再加上股东配偶一方从事经营，可以通过虚假借款、虚假债务、虚假财务报告、虚假股东等形式使评估的股权价值与实际的股权价值相去甚远，如果就此分割股权价值，会极大地损害非股东配偶一方的合法权益。

（四）股权分割方式

1、公司章程对夫妻共有股权分割方式有规定的，即公司章程规定非股东配偶一方能够成为股东或者不能成为股东，依照章程的规定处理；

2、章程没有规定，夫妻双方对于分割方式无法达成一致时，可以根据《物权法》第 100 条第 1 款的规定进行：

（1）实物分割，即直接分割股权份额；

（2）难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。

（五）股权转让中如何保护自身权益

首先，作为交易第三人注意应对股权交易效力可能引发的风险。交易第三人可以要求相对人的配偶在股权转让合同上签字确认，但事实上，相对人可能隐瞒或虚构配偶，第三人很难查证。如果交易是善意的，第三人应该注意保存一些能够证明其支付合理对价的证据。

其次，作为非股东配偶一方如何保护自己的权益。现实生活中，很多夫妻，往往只有一方参与公司的经营管理，另一方并不了解。如果夫妻感情破裂，进行财产分割时，未参与公司经营管理的一方就很容易陷入被动。股东配偶一方可以通过虚假借款、虚假债务、虚假财务报告、虚假股权转让等形式隐匿或者转移夫妻共同财产，损害非股东配偶一方的利益。因此，夫妻双方都应该在平时参与家庭财产管理事务，不要忽视自己的知情权，一旦察觉自己的权益受损，应尽量掌握相关证据，同时寻求专业人士的帮助。

夫妻股权不同于一般的股权，其具有身份性质，再加上有限责任公司的人合性，导致了股东配偶一方私自转让公司股权效力认定的复杂性以及分割公司股权时的复杂性。笔者建议，尽快完善、细化婚姻法中股权分割的制度，建立独立的股权分割体系，以切实保护各方当事人的合法权益。

全部家财赠子孙 老人晚境很凄凉 房产赠子孙 还能要回吗？

2013 年 11 月 27 日 北京晚报 孙莹

家财全给子孙

晚境如此凄凉

“嘀铃铃……”一阵急促的电话铃声传来，黄必胜律师拿起手机一看，是“法律服务村居行”对口社区的马主任打来的。“黄律师，有空来社区一趟吗？越早越好！”马主任的言语中透着迫切。

第二天，黄律师在社区见到了求助者，一位 88 岁无人赡养的老太太。眼前的场景令黄律师吃了一惊。这个家家徒四壁，连个坐的地方都没有。老人坐着轮椅，斜倚在墙角。“我要要回我的房子！”老人反反复复嗫嚅着。

老人有三男一女四个孩子。老伴儿于 20 多年前去世。20 年前，老人用大儿子的钱买了一套四合院，产权登记在老人名下。后来赶上拆迁，分了三套房子。加上原有的一套住房，共计四套房产。因为当初买四合院的钱是大儿子出的，在整个拆迁过程中，他便“当仁不让”地做起了母亲的主。这三套房子，一套给了大儿子的儿子（长孙），一套给了二儿子，小儿媳妇也得了一套。仅剩的一套原有住房也通过公证赠与的形式登记给了长孙。老人自己变成了“无房户”，住在孙子的家中。

可没想到，长孙得到拆迁补偿的房子后就给变卖了，拿着钱去做生意。只有给二儿子的房子还没有过户登记。后来，长孙经营出现问题，债主见天来登门讨债，弄得老人整天生活在惊恐之中。长孙即使偶尔回趟家，也是来管老人要钱的。老人多年的积蓄和值钱的家当基本都被掏空了。

孙子指望不上，大儿子与小儿子也长期在国外生活。老人身体每况愈下，眼睛也不中用，身边连个照顾的人都没有。想到自己一辈子的家当全给了子孙，晚年却如此凄凉，老人执意要找律师：“我要告他们，我要要回我的房子！”

经济状况恶化 可要求撤销赠与

稳定住老人的情绪后，黄必胜律师给老人分析，四套房屋都给了子孙，没有买卖行为，且大多完成了过户登记，应当视为在老人与子孙之间存在赠与合同。

最高人民法院关于贯彻执行民法通则若干问题的意见中载明，公民之间赠与关系的成立，以赠与物的交付为准。赠与房屋，如根据书面赠与合同办理了过户手续的，应当认定赠与关系成立；未办理过户手续，但赠与人根据书面赠与合同已将产权证书交与受赠人，受赠人根据赠与合同已占有、使用该房屋的，可以认定赠与有效，但应令其补办过户手续。

黄律师说，在我国，除少数公益性捐赠或公证赠与外，赠与合同属于实践性合同，也就是交付后即完成赠与。大多数情况下，赠送出去的东西如同泼出去的水，是不能反悔收回的。但是为了保证赠与人的权益，法律也规定了几种可以撤销的情况。老人想要回房子，也要从这几个方面着手。

根据合同法的规定，除受赠人严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属、对赠与人有扶养义务而不履行、不履行赠与合同约定的义务三种情形外，赠与人无权撤销赠与；并且赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起一年内行使。

此外，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与；如果赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，也可以不再履行赠与义务。

律师逐套分析 四套房可拿回三套来

黄必胜律师根据这四套房子的不同情况给老人分析：首先，长孙拿走老人的救命钱，老人一旦再有灾病，连一点救命钱都没有了，这已经构成了对老人的严重侵害。即便是已经办理公证赠与手续，过户给长孙的房屋，老人也有权撤销赠与。老人原有的那套住房，目前登记在长孙名下，就可以据此要回。

不过，另外一套拆迁时赠给长孙的房屋，已经办理了过户手续，长孙又卖给了别人。对这种情况，目前的法律法规并没有赠与物灭失后，赠与人可以要求受赠人赔偿的条款，因此，这套房子已经无法撤销赠与。

其次，老人给二儿子的房屋目前尚未办理过户手续，只是在村委会“挂着”，以目前的情况看，老人已身无分文，健康状况又极度恶化，完全符合法律规定的“经济状况显著恶化、严重影响赠与人生活”的标准，可以撤销赠与。根据法律规定，撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人要求返还赠与的财产。因此，老人只需要给村委会发个律师函，说明撤销赠与，就可以保证房子还在自己名下，由老人自行居住或处分。

第三，黄律师了解到，赠与给小儿媳妇的一套房子，所有的手续全是大儿子代办的，没有老人的授权，也没有老人本人签名，可由此认定不是老人的真实意思表示。老人同样可以自己经济状况恶化为由撤销赠与，或者也能就产权登记向房屋管理部门提出异议，将产权变更回自己名下。

老人赠房需谨慎 可订附义务的合同

在为老人解疑答惑的过程中，黄必胜律师感到，此案虽然比较极端，但绝非孤案，在某种程度上带有一定典型性。现实中，有些老人将房产赠与子女后，子女得了财产就不再管老人，有的则因为分配不均引发家庭矛盾，老人再难享天伦之乐。

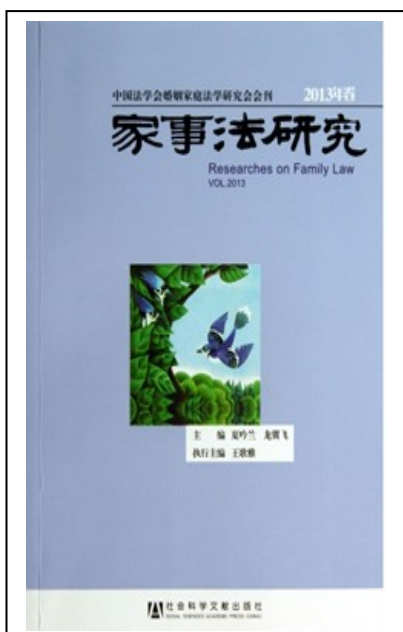
黄律师提示说，在居家养老仍是主流的情况下，老人要特别注意，要想晚年幸福，家庭和睦最重要，很多东西是金钱换不来的；对待自己的子女要一视同仁，不能厚此薄彼。最重要的是，生前尽量不要将自己的财产直接赠给子女，可以以公证遗嘱的形式代替。

即便要赠与财产，也尽量订立附义务的赠与合同。一旦受赠人没有达到老人的要求，也可以以不履行义务为由撤销赠与。

黄律师还建议：“如果赠与合同带有附随义务，赠与人可以考虑聘请律师，或找公益组织、法援机构等中立单位监督合同义务的履行，更好的保证赠与人的权益。”

十三、好书推荐

家事法研究(2013年卷) [平装]~ 夏吟兰 (作者), 龙翼飞 (作者)



基本信息

出版社: 社会科学文献出版社; 第1版 (2013年10月1日)

外文书名: Researches on Family Law Vol.2013

平装: 313页

商品描述

编辑推荐

夏吟兰、龙翼飞主编的这本《家事法研究(2013年卷)》是一本法学类的专业学术丛刊。由专题研究、实务研究、青年论坛、域外法研究、学术会议综述、书评随笔六个栏目组成，具体内容有：《夫妻财产制契约研究》、《破解夫妻共同债务司法困境之构想》、《新时期跨台湾海峡两岸婚姻家庭的观察与思考》、《意大利法中的离婚救济——以离婚赡养费为视角》等。

目录

专题研究

婚姻家庭法的伦理分析【夏吟兰】 / 003

论中国亲属法的现代化转型【丁慧】 / 012

夫妻财产制契约研究【许莉】 / 023

离婚债务清偿：法律规制与伦理关怀【王歌雅】 / 045

析《婚姻法司法解释（三）》第 11 条的正当性和合理性【何俊萍】 / 062

我国分家制度研究——写在我国制定民法典之前【郑小川 雷明光】 / 071

对忠诚协议问题的探讨——婚姻法问题师生访谈录（三）【吴洪 汪姿含 冯睿】 / 091

完善我国遗嘱继承制度的思考和建议【龙翼飞 胡月明】 / 115

遗产继承中债权人利益保护问题探究【吴国平】 / 127

实务研究

破解夫妻共同债务司法困境之构想【王礼仁】 / 151

引入家庭暴力危险评估机制提升公安干预家暴的精准化【姜虹】 / 171

瑕疵婚姻登记纠纷判决类型及适用【张晓远 许佳】 / 183

青年论坛

论我国无婚意非婚同居的法律规制模式【但淑华】 / 199

关于《婚姻法司法解释（三）》实施情况的调研报告——以妇女权益保障为视角【王薇】 / 212

论遗产共同共有的性质——兼评《婚姻法司法解释（三）》第 15 条【茅少伟】 / 232

域外法研究

新时期跨台湾海峡两岸婚姻家庭的观察与思考【蒋月】 / 253

意大利法中的离婚救济——以离婚赡养费为视角【陈汉】 / 281

学术会议综述

“第三届国际民法论坛暨第九届法官与学者对话论坛”综述【陈苇 张志媛】 / 295

书评随笔

走进历史审视当代——评《中国近代的婚姻立法与婚俗改革》【司丹】 / 307

《家事法研究》（2014 年卷）稿约 / 310

中国继承法修改热点难点问题研究



作者：本社

出版社：群众出版社

- 出版时间：2013-10
- 印刷时间：不详
- 印数：
- 装订：平装
- 版次：第 1 版
- 开本：32 本
- 页数：594 页
- 字数：
- ISBN：9787501451722
- 售价：¥35.80
- 原价：¥65

详细描述：

基本信息

书名:TT 新书 中国继承法修改热点难点问题研究

原价：65 元

作者：

出版社：群众出版社

出版日期：2013-10-1

ISBN：9787501451722

字数：

页码：594

版次：第 1 版

装帧：平装

开本：32

商品重量：621 g

编辑推荐

本书是围绕我国《继承法》的修订而进行的一次全景式、全方位、立体化的深度研究，充分展示了我国法学理论界和实务界对于 21 世纪中国《继承法》修订的基础理论、立法理念、我国民众继承的现实需要以及司法实务需要之思考与研究的深度与广度；全面地研究探讨了我国《继承法》在修订中之立法结构、价值取向、具体制度及司法实务中存在的热点、难点问题；集中地提出了修改我国《继承法》的有针对性的立法建议。

内容提要

本书主要由 2012 年 6 月 16 日-6 月 17 日在西南政法大学召开的“中国继承法修改热点难点问题研讨会”论文集构成。论文集汇聚了来自全国各地的法学工作者和法律工作者们的精品力作，既涉及继承法律制度的基本理论及其体系建构的宏观问题，也涉及对具体制度修改建议的微观内容，主要针对遗嘱继承、法定继承、公证遗嘱及遗嘱执行、遗产范围与遗产管理及遗产债权人利益保护、遗产债务清偿顺序等继承法修改的热点难点问题进行研讨。

目录

序 前言

第一部分中国继承法修改热点难点问题研究（专题研讨论文）

第一专题 中国继承法修改概论 对修正《继承法》十个问题的意见 关于继承的根据和继承法的几个基本问题 关于《继承法》修改的几点思考

第二专题遗嘱继承制度修改研究 论遗嘱自由之限制 完善我国遗嘱继承制度的思考和建议 特留份制度之伦理价值分析 “必留份”还是“特留份”——论我国遗产处分限制的立法选择 论在《继承法》中设立特留份制度——从司法过程考察制度合理性 我国继承法中的特留份制度亟待完善——以公证遗嘱和遗嘱继承公证为视角 婚姻财产协议中共同遗嘱条款的效力 利益平衡与立法选择：论立法应当禁止夫妻共同遗嘱 论受胁迫、欺骗所立遗嘱的效力 第三专题法定继承制度修改研究 完善我国法定继承人范围和顺序立法的思考 论法定继承中配偶的顺序及应继份的确认 我国配偶法定继承顺序和应继份制度研究——以案例分析为视角 论我国代位继承制度之完善 论我国代位继承制度的完善 对法定继承的财产为夫妻共同财产之质疑——评《婚姻法》第 17 条第 4 项及《婚姻法》司法解释（三）第 15 条

第四专题公证遗嘱、遗嘱执行人制度修改及遗嘱信托制度构建研究 公证遗嘱的效力确认研究 论我国公证遗嘱适用的效力位阶——以法律的价值取向和民众继承习惯的现实为视 遗嘱执行人制度的不足及其完善 遗嘱信托制度研究 遗嘱信托制度论

第五专题遗产范围、遗产管理及遗产债权人利益保护制度修改研究 第六专题遗产债务清偿顺序制度修改以及其他问题研究 第二部分：《中华人民共和国继承法》修正案（学者建议稿）

作者简介

陈苇，女，四川资中县人，1987 年于西南政法学院民法专业硕士研究生毕业，获法学硕士学位，留该校任教至今。主要研究方向为婚姻家庭继承法，妇女、儿童、老人权益法律保护。2003 年 12 月至 2004 年 12 月，受国家留学基金资助，作为访问学者到澳大利亚悉尼大学法学院进修外国家庭法一年，现任西南政法大学民商法学院教授、博士生导师、外国家庭法及妇女理论研究中心主任、婚姻家庭继承法及妇女理论教研室主任，兼任家庭法国际学会执行委员会委员、中国婚姻家庭法学研究会副会长，重庆市妇联法律顾问。代表性成果包括：独著、主编、主持翻译的《中国婚姻家庭法立法研究》（第一版、第二版）、《外国婚姻家庭法比较研究》、《中国大陆与港、澳、台继承法比较研究》、《当代中国内地与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》、《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》、《美国家庭法精要》（第五版）、《澳大利亚法律的传统与发展》（第三版）等著作、译作二十余部；应邀与美国、意大利学者合作撰写美国法学院比较家庭法英文教材一部：Practical Global Family Law—United States, China and Italy（2009 年 4 月在美国出版）。

文摘

版权页：（4）规定四亲等以内的其他直系或者旁系血亲为法定继承人。究竟是以世代还是亲等作为确定第三顺序继承人范围的标准，显然后者能够更为准确地确定血亲关系的远近。因此，可以规定四亲等以内的其他直系或者旁系血亲为法定继承人。对此，应当作出列举，以便掌握。（5）《继承法》规定对公、婆尽了主要赡养义务的丧偶儿媳或对岳父、岳母尽了主要赡养义务的丧偶女婿为第一顺序法定继承人可以参加继承获得遗产的做法，有不同意见。反对者认为上述亲属与法定继承人以血缘关系为基础的要求相违背，应当依《继承法》第 14 条关于继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给他们适当的遗产的规定，分给他们的遗产可以比照第一顺序继承人的应得份额。但是也有主张赞成者，认为这是我国继承法的优势，实践中的效果也很好，应当予以坚持。（二）规定合理的继承顺序 法定继承人的继承顺序，关系到各继承人以何身份、地位参加继承，谁是合法继承人，谁有权继承，作用非常重要。《继承法》仅规定了两个继承顺序，顺序过窄。由于社会经济的发展，目前与《继承法》制定时的社会生活状况相比，出现了很大改变，规定两个继承顺序过少，应当结合我国的现实情况进行完善。改

家事法苑™婚姻家事法律资讯简报-----分享中国婚姻家庭法制建设进程中的点滴所得
进意见是：第一，继续坚持《继承法》规定的第一顺序和第二顺序的规定。第二，增加第三顺序，扩张后的继承人的继承顺序是三个。

序言

十四、新《民事诉讼法》专题资料

特别声明

简报获取：“家事法苑”家事律师网 <http://www.famlaw.cn> 首页“资料下载”！

家事法苑™是杨晓林律师自2008年11月开始在先拥有、使用的具有唯一性的法律服务商标。

家事律师网™是杨晓林律师2011年6月1日在中华人民共和国工信部备案注册、使用的 <http://www.famlaw.cn> 的网站专用名称（京ICP备10218255号-1），并实际在先拥有、使用且具有唯一性的法律服务商标。

未经特别许可，任何人不得擅自使用、仿冒，违者必究。

欢迎您加入“家事法苑”家事法主题沙龙QQ群（群号：171337785）——即时分享最新中国婚姻家庭法制信息动态，真诚欢迎对婚姻家庭法感兴趣的律师、法官、学者、在校学生、媒体、妇联及其他朋友加入，共建专业领域内交流正常、正当交流的和谐平台！

编辑：“家事法苑”律师团队

顾问：郝惠珍 主编：杨晓林

执行主编：段凤丽 编委会成员：段凤丽、刘强

家事法苑™家事律师网 <http://www.famlaw.cn>

“家事法苑”（群号：826090）新浪微群：<http://q.weibo.com/826090>

家事法苑™新浪微博：<http://weibo.com/jiashifayuan>

家事法苑™婚姻律师团队官方博客 <http://blog.sina.com.cn/jiashifayuan>

“段凤丽家事律师”的新浪微博：<http://weibo.com/2020842715>

简报订阅、意见反馈邮箱：xiaolinlvshi@vip.sina.com